# ENZYKLOPÄDIE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

BEGRÜNDET VON

F. VON LISZT UND W. KASKEL

HERAUSGEGEBEN VON

E. KOHLRAUSCH • H. PETERS • A. SPIETHOFF

## ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

DR. EDUARD KOHLRAUSCH
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

DR. HANS PETERS
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

XXV

# VERWALTUNGSRECHT

VON

DR. WALTER JELLINEK
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
HEIDELBERG

DRITTE, DURCHGESEHENE AUFLAGE



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1931

# VERWALTUNGSRECHT

VON

DR. WALTER JELLINEK
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
HEIDELBERG

DRITTE, DURCHGESEHENE AUFLAGE



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1931

# Vorwort zur ersten Auflage.

Es läßt sich darüber streiten, ob man in der Vertragstreue so weit gehen darf, sich zur Vollendung eines zugesagten Werkes auch dann verpflichtet zu fühlen, wenn man im Laufe der Arbeit merkt, daß manche Umstände für eine Hinauszögerung des Abschlusses auf spätere Jahre sprechen. In einer solchen Lage befand ich mich bei Abfassung des vorliegenden Buches und reiflich habe ich das Für und Wider erwogen. Lieber hätte ich zuvor alle wichtigeren Gebiete des Verwaltungsrechts in Einzeluntersuchungen durchackert. Auch machte sich der Mangel an Sammlungen gleichartiger Landesgesetze verwaltungsrechtlichen Inhalts mit zusammenschauenden Einleitungen und nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten angefertigten Registern störend bemerkbar, eine eigene Sammlung dieser Art ist vorläufig nicht über die ersten, zudem einem staatsrechtlichen Gegenstande gewidmeten Anfänge hinaus gediehen. Denn eine wissenschaftliche Darstellung des Verwaltungsrechts sollte von der Nachweisung vorhandener Gesetze nach Möglichkeit befreit sein und durch Bezugnahme auf vergleichende Gesetzestexte entlastet werden können. Vereintes Drängen der Verlagsbuchhandlung und einer Reihe von Fachgenossen und jungen Juristen, nicht zuletzt aber die Erwartung, durch den Zwang zur Darstellung eines umfassenden Systems selbst fruchtbare Anregungen für künftige Einzeluntersuchungen zu empfangen, gaben den Ausschlag im Sinne einer Vollendung des Buches, das hiermit vor die Öffentlichkeit tritt.

Über das dem Werke zugrunde liegende System gibt der Schlußteil des sechsten Paragraphen (S. 114f.) Auskunft. In den Paragraphenüberschriften möglichst einfach gegliedert, vernachlässigt das Buch dennoch nicht die Einzelgebiete der Verwaltung, bringt vielmehr im § 21 einen fünfzig Seiten starken, geschlossenen Überblick über das besondere Polizeirecht und behandelt andere gesetzeskundliche Teile des Verwaltungsrechts bei passender Gelegenheit innerhalb verwandter Hauptabschnitte, so das Personenstandsrecht, die Feuerbestattung, das Recht der öffentlichen Berufsverbände, die Ordnung von Geld, Maß und Gewicht, das Schul-, das Erziehungs-, das Fürsorgerecht, das Recht der Kleinbahnen, die Arbeiter-, Angestellten- und Arbeitslosenversicherung. Wer das Buch im Zusammenhange von Anfang bis zu Ende liest, und an solche Leser habe ich beim Niederschreiben in erster Linie gedacht, hat so den Vorteil einer Abwechselung zwischen Teilen, die zum strengen Nachdenken zwingen, und solchen, die ein Ausruhen gestatten. Unterscheidet sich das Buch auf diese Weise vom Deutschen Verwaltungsrecht Otto Mayers und den Institutionen Fleiners, welche beiden Werke die besonderen Lebensgebiete der Verwaltung ganz beiseite lassen, so bringt es auch gegenüber Hatscheks Lehrbuch insofern mehr, als es außer dem Reichsrecht und dem preußischen Recht auch die außerpreußische Landesgesetzgebung und Rechtsprechung ausgiebig berücksichtigt. Denn es würde doch Wesentliches fehlen, wenn z. B. der in Bayern heimische Schutz des Strafrichters und die vielleicht zukunftsreiche sächsische Auffassung von der Öffentlichrechtlichkeit gewisser Schadensersatzforderungen des Staates uner-

wähnt geblieben wären, oder die sächsische, württembergische und braunschweigische Rechtsprechung über das Recht des Baunachbarn, die abweichende Regelung der gleichen Frage und die Einführung der Anfechtbarkeit gewisser Polizeiverordnungen in Baden, der verwaltungsgerichtliche Schutz bei Enteignungen in Bayern und Hessen, die umfassende verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit und die unbeschränkte Zulässigkeit von Feststellungsklagen in Hamburg und Bremen, die braunschweigische Gleichung „ungesetzlich = unzuständig erlassen = unwirksam“, die österreichische Dispensehe, vor allem die bedeutsamen thüringischen Kodifikationen auf dem Gebiete des Beamten-, Schul-, Gemeinderechts und ganz besonders die thüringische Landesverwaltungsordnung vom 10. Juni 1926. Das alphabetische Sachverzeichnis weist auf einige solcher Landeseigentümlichkeiten bei den außerpreußischen Ländernamen besonders hin.

Vollständigkeit wollte und konnte ich beim Mangel jener vergleichenden Textausgaben nicht anstreben. Auch die einzelnen Belegstellen sind nur im Sinne von Beispielen aufzufassen. Insbesondere soll der Hinweis z. B. auf eine mecklenburg-strelitzsche Verordnung nicht sagen, daß in den größeren Ländern nicht eine ähnliche Regelung besteht. Die Gesetzblätter der kleinen Länder haben nämlich den Vorzug, daß sie bedeutend vollständiger sind als die der großen Länder, die vielfach den Inhalt ihrer Gesetzsammlung durch nicht ganz leicht zugängliche Ministerial- oder Amtsblätter entlasten. Vollständigkeit des Landesrechts liegt aber wenigstens dem Überblick über die Verwaltungsorganisation und die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Länder zugrunde. Auch die wichtigeren gerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen aus neuerer Zeit, die ja, sei es wegen ihres veranschaulichenden Tatbestandes, sei es wegen ihrer Rechtsausführungen, für jede Darstellung des Verwaltungsrechts unentbehrlich sind, wurden möglichst vollständig verwertet. Einen Ersatz für die Vernachlässigung gewisser, die Darstellung überlastender Einzelheiten bilden im übrigen die umfangreichen, auf Wunsch der Verlagsbuchhandlung an den Kopf der einzelnen Paragraphen gestellten Schriftenverzeichnisse. Hier findet man Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften und Zeitschriftenaufsätze möglichst in der Reihenfolge der im Paragraphen behandelten Gegenstände, so daß die Verzeichnisse in gewissem Sinne zugleich die Aufgabe von Inhaltsübersichten zu den einzelnen Paragraphen erfüllen. Manchmal sind Schriften selbst dann angeführt und ist so wenigstens ihr wissenschaftlicher Ort festgelegt, wenn sich im Texte nur Gelegenheit zu einem kurzen Hinweis auf den Gegenstand hat finden lassen. Daneben ist ein besonderer Paragraph (§ 6) dem verwaltungsrechtlichen Schrifttum gewidmet, da dem Neuling mit einer bloßen Aufzählung der Lehrbücher und sonstigen literarischen Hilfsmittel nicht gedient ist. Den Mittelpunkt des Paragraphen bildet eine Würdigung OTTO MAYERS.

Die Druckvorlage ging Ende August dieses Jahres an die Druckerei ab. Einzelheiten ließen sich noch bis in den November hinein nachtragen, so Hinweise auf die neue bayerische Gemeindeordnung und den Entwurf eines neuen Reichsbesoldungsgesetzes.

Die verhältnismäßig rasche Drucklegung, bei der Verlagsbuchhandlung und Druckerei miteinander wetteiferten, war nur möglich, weil sich zahlreiche Referendare und Rechtskandidaten bereit fanden, die Fahnen mit der Druckvorlage zu vergleichen. Ich danke diese Arbeit den Herren Referendaren HARTZ, WALTER SCHMIDT, DR. NEVOIGT, OTZEN, MÜNZBERG, RALOFF und den Herren Rechtskandidaten MÖRCKE und MAHN. Herr HARTZ erleichterte mir auch die Arbeit bei Herstellung des Sachverzeichnisses. Neben ihm schulde ich besonderen Dank Herrn Gerichtsassessor DR. HEINRICH ALDAG in Flensburg und Herrn Referendar BERNHARD HINRICHS in Bremen für die Sorgfalt und das kritische Verständnis, mit der sie die Fahnen und die Revisionsbogen lasen. Sie waren gleichsam mein erster Leserkreis, und

manche Verdeutlichung eines Gedankens ist ihren Anregungen zuzuschreiben. Allerdings haben mich ihre vereinten Bemühungen und auch die einiger Fachgenossen nicht dazu bringen können, die in Süddeutschland und in der Schweiz übliche, in Norddeutschland augenscheinlich unbekannte Wendung „ab- und zugeben" (S. 432, Zeile 14 des Textes von unten) durch eine andere zu ersetzen. Ich finde die Wendung sehr anschaulich, und da sie mir nun einmal in die Feder geflossen ist, wäre ihre Streichung eine Treulosigkeit gegenüber der Landschaft gewesen, in der ich aufwuchs.

Kiel, im November 1927.

# Vorwort zur zweiten Auflage.

Die wider Erwarten rasch eingetretene Notwendigkeit einer zweiten Auflage hätte einen unveränderten Abdruck der ersten gerechtfertigt, zumal die Druckerei den Satz hatte stehen lassen. Groß konnten die Änderungen auch nicht sein. Aber da nun einmal Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum und auch die eigene Entwickelung nicht stille stehen, gab ich der Verlockung, das Buch auf dem laufenden zu halten, nach. Trotz einiger Streichungen ist es dadurch um zwei Seiten stärker geworden.

Hinweise in Besprechungen und Briefen habe ich nach Möglichkeit berücksichtigt und es besonders dankbar empfunden, wenn mir persönlich unbekannte Studenten und Praktiker zu diesem oder jenem Punkte ihre Meinung äußerten. Lehrreich für mich waren aber vor allem Gespräche mit meinem verehrten Fakultätsgenossen Julius Landmann; einige Änderungen in den Abschnitten über das Währungs- und das Finanzrecht sind das Ergebnis jener Unterhaltungen.

Eine besondere Freude ist es mir, den drei Haupthelfern der ersten Auflage auch diesmal für ihre Mitarbeit bei der Drucklegung danken zu können: Herrn Rechtsanwalt Dr. Aldag in Flensburg und den Herren Referendaren Hinrichs (Bremen) und Dr. Hartz (Neumünster). Durch ihre Hilfe war es möglich, das Buch innerhalb etwa zweier Monate nach Ablieferung der Druckvorlage fertigzustellen.

Kiel, im Februar 1929.

# Vorwort zur dritten Auflage.

Es scheint nicht ganz einfach zu sein, sich bei einer Neuauflage in den bisherigen räumlichen Grenzen zu halten. Streichungen, darunter seitenlange im § 10, Zusammendrängungen in den Verzeichnissen des Schrifttums und die Anwendung knapperer Abkürzungen haben nicht verhindern können, daß diese Auflage, sehr gegen meinen Willen, um mehr als einen Bogen gewachsen ist. Die durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum nötig gewordenen Zusätze und Änderungen durchziehen das ganze Buch. Erneute Überlegungen machten Änderungen des Textes namentlich in den Paragraphen 1, 2, 10, 11, 16 und 18 erforderlich.

Die Druckvorlage ging Ende März an die Verlagsbuchhandlung ab. Doch konnte ich noch bis in den Juni hinein Nachträge anbringen. Dies gilt insbesondere für das neue preußische Polizeiverwaltungsgesetz, dessen Abweichungen vom heute gelten-

den Recht ich noch in einer Reihe von Anmerkungen berücksichtigen konnte. Herrn Oberregierungsrat Dr. ALBRECHT in Berlin danke ich es, daß ich über den Werdegang dieses wichtigen Gesetzes dauernd auf dem laufenden blieb.

Im übrigen sei all denen gedankt, die mündlich, schriftlich oder in gedruckten Besprechungen Verbesserungen anregten, ebenso den getreuen Helfern bei der Drucklegung. Außer den Herren Rechtsanwalt Dr. ALDAG in Flensburg, Richter Dr. HINRICHS in Bremen und Gerichtsassessor Dr. HARTZ in Kiel, deren freundliche Mitarbeit ich schon zum dritten Male erwähnen darf, waren es die Herren Rechtsanwalt Dr. HUMMEL in Berlin und Referendar MÖRCKE in Kiel, die mir bei Durchsicht der Druckbogen wertvolle Hilfe leisteten.

Heidelberg, im Juni 1931.

WALTER JELLINEK

# Inhaltsverzeichnis.

## Allgemeiner Teil.

## Besonderer Teil.

---

## Nachtrag.

1. Von den S. 395 genannten Gesetzen sind unter dem 22. Mai 1931 neu verkündet worden: die Reichsabgabenordnung, das Reichsbewertungsgesetz, das Vermögensteuergesetz und das Kapitalverkehrsteuergesetz.

2. Die Reichsabgabenordnung (AO.) hat in der neuen Fassung vom 22. Mai 1931 eine andere Bezifferung der Paragraphen erhalten. Im folgenden sind den in diesem Buche angeführten Paragraphen der AO. die neuen Bezifferungen beigefügt. Es bedeutet z. B. 231 = 246: AO. § 231 a. F. = AO. § 246 n. F.

1 = 1, 3 = 3, 3a = 4, 3e = 8, 4 = 9, 5 = 10, 6 = 11, 13 = 46, 29 = 34, 30 = 35, 30e = 40, 61 = 79, 64 = 82, 68 = 86, 74 = 92, 75 = 93, 76 = 94, 77 = 95, 78 = 96, 79 = 97, 81 = 99, 83 = 102, 84 = 103, 101 = 121, 103 = 124, 107 = 130, 108 = 131, 121 = 144, 125 = 148, 127 = 150, 129 = 152, 132 = 155, 162 = 162, 165 = 163, 168 = 166, 177 = 175, 186 = 184, 202 = 202, 212 = 222, 214 = 225, 217 = 228, 219 = 230, 223 = 235, 227 = 242, 231 = 246, 234 = 249, 235 = 251, 265 = 285, 267 = 288, 275a = 297, 284 = 306, 298 = 325, 301 = 328, 307 = 334, 334 = 361, 345 = 372, 347 = 374, 351 = 378, 359 = 396, 367 = 402, 368 = 403, 377 = 413, 381 = 416, 383 = 418, 386 = 421, 390 = 425, 407 = 442, 410 = 445, 411 = 446, 412 = 447, 415 = 450, 426 = 461, 433 = 468, 437 = 472, 443 = 477.

3. Die Verordnung des Reichspräsidenten vom 5. Juni 1931 enthält unter II 1 § 9 Bestimmungen gegen die mißbräuchliche Einführung von Amtsbezeichnungen (vgl. S. 168f.) und unter II 1 §§ 4, 7 eine Neuregelung des Rechtes der Kinderzuschläge (vgl. S. 380). Weitere Einzelheiten konnten noch auf den Seiten 414, 535, 541 und 544 berücksichtigt werden.

# Abkürzungen.

| | |
|---|---|
| ABl. | Amtsblatt. |
| AG. | Ausführungsgesetz. |
| AKabO. | Allerhöchste Kabinettsorder. |
| ALVG. | Reichsgesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927/12. Oktober 1929. |
| AnnDR. | Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. |
| AO. | Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919[1]. |
| ArchBürgR. | Archiv für bürgerliches Recht. |
| ArchÖffR. | Archiv des öffentlichen Rechts. |
| ArchUrhR. | Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht. |
| ArchZivPr. | Archiv für civilistische Praxis. |
| AVG. | Angestelltenversicherungsgesetz vom 28. Mai 1924. |
| AVO. | Ausführungsverordnung. |
| BadRpr. | Badische Rechtspraxis. |
| BadVerwZ. | Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungs-Rechtspflege. |
| BAH. | Bundesamt für das Heimatwesen. |
| BayGemZ. | Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung. |
| BayObLG. | Bayerisches Oberstes Landesgericht. |
| BayVerwBl. | Bayerische Verwaltungsblätter. |
| BayZ. | Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. |
| Bek. | Bekanntmachung. |
| BlAdmPr. | Blätter für administrative Praxis. |
| BraunschwZ. | Braunschweigische Zeitschrift für Rechtspflege. |
| DanzJMSchr. | Danziger Juristische Monatsschrift. |
| DJT. | Deutscher Juristentag und dessen Verhandlungen. |
| DJZ. | Deutsche Juristenzeitung. |
| DRiZ. | Deutsche Richterzeitung. |
| EG. | Einführungsgesetz. |
| EisenbE. | Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen. |
| EisenbVBl. | Eisenbahn-Verordnungs-Blatt. |
| Entsch. | Entscheidungen. |
| Fehlerh. Staatsakt | = W. JELLINEK Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen 1908. |
| FG. | Gesetz (des Norddeutschen Bundes) über die Freizügigkeit vom 1. November 1867. |
| FinArch. | Finanz-Archiv. |
| FinAusglG. | Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden (Finanzausgleichsgesetz), Neufassung vom 27. April 1926. |
| FischersZ. | FISCHERS Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, ab Bd. 56 (1924) FISCHERS Zeitschrift für Verwaltungsrecht. |
| FLEINER | FRITZ FLEINER Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 8. Aufl. 1928. |
| G. | Gesetz. |
| GemKrO. | Gemeinde- und Kreisordnung. |
| GERBER | HANS GERBER Die Grundsätze eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, Verwaltungsarchiv 36 (1931) S. 1ff. |
| GerZ. | Gerichts-Zeitung (Österreich). |
| Gesetz, Gesetzesanwendung | = W. JELLINEK Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913. |
| GewArch. | Gewerbearchiv. |
| GewKfmG. | Gewerbe- und Kaufmannsgericht (jetzt: Das Arbeitsgericht, „Gewerbe- und Kaufmannsgericht“). |
| GoltdArch. | Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. |
| Gruch. | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. |
| GrünhutsZ. | Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart. |
| GS. | Gesetzsammlung. |

[1] Die Berücksichtigung der geänderten Paragraphenbezifferung nach der neuen Fassung vom 22. Mai 1931 war im Text nicht mehr möglich; vgl. dafür die Umrechnungstafel S. XVI.

GVBl. Gesetz- und Verordnungsblatt.

HansOLG. Hanseatisches Oberlandesgericht.
HansRGZ. A Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift Abteilung A.
HansRZ. Hanseatische Rechts - Zeitschrift.
Hatschek Hatschek Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 5. u. 6. Aufl., her. von Kurtzig 1927.
HdbDStR. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, her. von G. Anschütz und R. Thoma, I 1930, II im Erscheinen.
Herrnritt Herrnritt Grundlehren des Verwaltungsrechts 1921.
HessZ. Zeitschrift für Staats- und Gemeinde-Verwaltung (Hessische Gemeinde-Zeitung).
HMBl. Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbe-Verwaltung.
HöchstRRspr. = Höchstrichterliche Rechtsprechung.
HWBKommunalW. = Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften I bis IV 1918—1924, zwei Ergänzungsbände 1927. (Die angeführten Artikel beziehen sich auch auf die Ergänzungsbände.)
HWBRW. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, her. von Stier-Somlo und Elster, 1926—1929, Ergänzungsband im Ersch.
HWBStW. Handwörterbuch der Staatswissenschaften 4. Aufl., 1923 bis 1928, Ergänzungsband 1929.

Jahrb. Jahrbücher des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts oder, je nach dem Zusammenhang, Jahrbuch der Entscheidungen des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts.
JahrbÖffR. Jahrbuch des öffentlichen Rechts.
JBl. Juristische Blätter (Österreich).
JheringsJahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JMBl. Justiz-Ministerial-Blatt.
JW. Juristische Wochenschrift.

KAbgG. Preußisches Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893.
KGJ. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.
KompGH. Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, Gerichtshof für Kompetenzkonflikte u. dgl.
Kormann-List = Kormanns Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts 2. Aufl., bearbeitet und vollendet von Friedrich List 1930.
KrO. Kreisordnung.
KrProvO. Kreis- und Provinzialordnung.

LGemO. Landgemeindeordnung.
Loening E. Loening Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts 1884.
LVG. Preußisches Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883.
LVG. Schwerin = Landesverwaltungsgericht Schwerin.
LVO. Thüringische Landesverwaltungsordnung vom 10. Juni 1926/22. Juli 1930.

Otto Mayer Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 3. Aufl. I u. II 1924.
MecklZ. Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege — Rechtswissenschaft — Verwaltung.
Merkl Adolf Merkl Allgemeines Verwaltungsrecht 1927.
G. Meyer-Anschütz = Georg Meyers Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts 7. Aufl., bearbeitet von Anschütz 1919.
G. Meyer-Dochow = Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts von Georg Meyer, bearbeitet von Dochow, 4. Aufl. 1. Teil 1913, 2. Teil 1915.
Min. Minister, Ministerium.
MinBliV. Ministerial-Blatt für die preußische innere Verwaltung.
Min. d. I. Minister des Innern, Ministerium des Innern.
MSchr. Monatsschrift.

Nipperdey Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, her. von Nipperdey, I 1929, II u. III 1930.

ÖAGZ. Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.
OldZ. Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg.
OLGMünchenSt. = Sammlung von Entscheidungen des königl. Oberlandesgerichtes München in Gegenständen des Strafrechtes und Strafprozesses.
OVG. Oberverwaltungsgericht.
ÖZBl. Zentralblatt für die juristische Praxis (Österreich).
ÖZEisenbR. Zeitschrift für Eisenbahnrecht (Österreich).
ÖZÖffR. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht.

PatMustZeichBl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
H. PETERS HANS PETERS Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen 1926.
PolG 1931 Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931.
PolStGB. Polizeistrafgesetzbuch.
PolVerwG. Preußisches Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850.
Pr., pr. Preußisch, preußisch.
PrDiszHNichtrichtB. = Preußischer Disziplinarhof für nichtrichterliche Beamte.
PrGemZtg. Preußische Gemeinde-Zeitung.
PrVerwBl. Preußisches Verwaltungs-Blatt.

RAGebO. Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Neufassung vom 5. Juli 1927.
RAO. Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878.
RdErl. Runderlaß.
RDiszH. Reichsdisziplinarhof.
RegBl. Regierungsblatt.
Reger Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiete der inneren Verwaltung.
RFinH. Reichsfinanzhof.
RGBl. Reichsgesetzblatt.
RGSt. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RHaushO. Reichshaushaltsordnung vom 31. Dezember 1922/14. April 1930.
RMinBl. Reichsministerialblatt (Zentralblatt für das Deutsche Reich).
Rspr. Rechtsprechung.
RStAngG. Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913.
RStGH. Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich.
RV. Reichsverfassung.
RVA. Reichsversicherungsamt.
RVersorgG. Reichsversorgungsgericht.
RVerwBl. Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt.
RVO. Reichsversicherungsordnung.
RZollBl. Reichszollblatt.

SächsThürArchR. = Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt.
SchmollersJ. SCHMOLLERS Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche.
SCHOEN PAUL SCHOEN Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation. KOHLERS Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 7. Aufl. 4. Bd. 1914 S. 193ff.
SchwZBl. Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde-Verwaltung.
StBG. Staatsbeamtengesetz.
StGH. Staatsgerichtshof.
StO. Städteordnung.
StR. Staatsrecht.
Stusev. Staats- und Selbstverwaltung (Zeitschrift).

ThürGemKrZtg. = Thüringer Gemeinde- und Kreiszeitung.
ThürRdsch. Thüringer Kommunale Rundschau.

VBl. Verordnungsblatt.
VerwArch. Verwaltungsarchiv.
VerZS. Vereinigte Zivilsenate.
Vf. Verfügung.
VG. Verwaltungsgericht.
VGG. Preußisches Gesetz über staatliche Verwaltungsgebühren vom 29. September 1923.
VGH. Verwaltungsgerichtshof.
VGO. Preußische Verwaltungsgebührenordnung v. 30. Dezember 1926.
VJSchr. Vierteljahrsschrift.
VJSchrSteuFinR. = Vierteljahrsschrift für Steuer- und Finanzrecht.
VO. Verordnung.
VRPfl. Verwaltungsrechtspflege.
VStaatsRL. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.

WarnRG. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, her. von WARNEYER.
WStVR. Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Begründet von FRHR. V. STENGEL, 2. Aufl. her. v. M. FLEISCHMANN, I—III 1911—1914.
WürttJ. Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege.
WürttVRO. Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung 1931.
WürttZ. Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg und Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege.
WürttZSprBeil. = Spruchbeilage der Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg und Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege.
WüRV. Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung.

ZBlDR. Zentralblatt für das Deutsche Reich.

ZBlUnterrichtsV. = Zentralblatt für die gesamte Unterrichts-Verwaltung in Preußen.

ZForstJagdW. = Zeitschrift für Forst- und Jagdwesen.

ZÖffR. Zeitschrift für öffentliches Recht.

ZRG. (G.) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung.

ZRPh. Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis.

ZSelbstv. Zeitschrift für Selbstverwaltung.

ZStaatsW. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

ZStW. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

ZVerglR. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

ZVerw. Zeitschrift für Verwaltung (Österreich).

ZustG. Preußisches Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883.

ZZölle Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern.

# Einleitung.

## § 1. Verwaltung.

OTTO MAYER I S. 1ff.; FLEINER S. 3ff., 9ff., 15f., 18ff.; SCHOEN S. 195ff.; HATSCHEK S. 5ff., 11ff., 24ff., 28ff.; LOENING S. 1ff.; G. MEYER-ANSCHÜTZ S. 750ff.; G. MEYER-DOCHOW S. 1ff.; HERRNRITT S. 1ff.; MERKL S. 1ff., 6ff., 21ff., 45ff., 225ff.; E. KAUFMANN im WStVR. III S. 688ff.; STIER-SOMLO im HWBRW. VI 1929 S. 567ff.; THOMA im HdbDStR. II S. 108ff., 221ff. — G. JELLINEK Allg. Staatslehre³ S. 595ff.; NAWIASKY Bay. Verfassungsrecht 1923 S. 317ff., 322ff., 330ff., 377ff., 401ff.; SMEND Verfassung und Verfassungsrecht 1928 S. 102ff.; C. SCHMITT Verfassungslehre 1928 S. 182ff., 212ff.

ULBRICH Der Rechtsbegriff der Verwaltung, GrünhutsZ. 9 (1882) S. 1ff.; PILOTY Verwaltungsrechtliche Gedanken, Festg. f. O. Mayer 1916 S. 91ff.; HOFACKER Die Technik der Staatsverwaltung, VerwArch. 28 (1921) S. 244ff. u. 29 (1922) S. 63ff.; HEBTING Der Geist der Verwaltung, BadVerwZ. 1923 S. 33ff. — STIER-SOMLO Die Lehre von der Gewaltenteilung und die neuen deutschen Verfassungen, ZStaatsW. 77 (1922/23) S. 1ff.; RICHTER Gesetzgebung und Verfassung, DanzJMSchr. 5 (1926) S. 105ff.

ANSCHÜTZ Justiz und Verwaltung, Hinnebergs Kultur der Gegenwart, Systematische Rechtswissenschaft² 1913 S. 372ff.; W. SCHELCHER Justiz und Verwaltung, ErgH. zu FischersZ., 1919; EISENBERG Die Besonderheiten in der streitigen Verwaltungsgerichtsbarkeit Anhalts, Hall. Diss. 1928 S. 26ff.; KELSEN Justiz und Verwaltung 1929; IPSEN Richter und Justizminister, Heidelb. Diss. 1929 S. 10ff. — W. JELLINEK Der fehlerhafte Staatsakt 1908 S. 46ff.; STRUPP Grenzen der Zuständigkeit des pr. Heroldsamtes, ArchÖffR. 27 (1911) S. 76ff.; FR. STEIN Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung 1912; KORMANN Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, JahrbÖffR. VII 1913 S. 1ff.; J. GOLDSCHMIDT im ArchZivPr. 117 (1919) S. 1ff.; MORAWITZ Die allgemeinen Grundsätze über die Stellung des Zivilprozeßrichters gegenüber der Verwaltung nach der Rechtsprechung der braunschweigischen Gerichte, BraunschwZ. 66 (1919) S. 98ff.; R. COESTER Die Rechtskraft der Staatsakte 1927 S. 34ff. (hierzu H. v. MÜLLER „Die Polizei“ 25, 1928, S. 332ff.); LAYER u. E. v. HIPPEL Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, VStaatsRL. 5 (1929) S. 124ff., 178ff., nebst anschließender Aussprache; hierüber auch die von MÉTALL in JBl. 60 (1931) S. 75 angeführten österreichischen Schriften.

### I. Verwaltung, Regierung, Rechtsprechung.

Was Verwaltung ist, veranschaulichen einige Fälle des täglichen Lebens.

1. Der Bürgermeister befiehlt einem Stadtsekretär die eigenhändige Anfertigung einer größeren Anzahl gleichlautender Abschriften, der Stadtsekretär verweigert die Ausführung der, wie er meint, seiner unwürdigen Arbeit. Was ist Rechtens, was kann geschehen?

2. Eine Gemeinde staffelt das Schulgeld nach dem Einkommen der Eltern der die Schule besuchenden Kinder. Liegt hierin nicht eine dem Reiche vorbehaltene Einkommensbesteuerung?

3. Als der Gerichtsvollzieher den zur Räumung der Wohnung verurteilten, zahlungsunfähigen Mieter auf die Straße setzen will, befiehlt der Amtsvorsteher dem Hauseigentümer, den Mieter auch fernerhin in der Wohnung zu dulden, da er sonst obdachlos würde. Muß sich der Eigentümer dies gefallen lassen? Kann er Entschädigung fordern?

4. Die preußische Staatsbibliothek in Berlin verlangt von einem schleswig-holsteinischen Druckereibesitzer Ablieferung je eines Stücks der von ihm gedruckten, wenn auch nicht verlegten Bücher. Als der Druckereibesitzer das Ansinnen zurückweist, droht auf Ersuchen der Staatsbibliothek die Ortspolizeibehörde mit Zwangsmaßnahmen. Darf sie es tun? Wie kann sich der Druckereibesitzer wehren?

5. Vor einem Laden hängt eine große, weithin sichtbare Uhr, die meistens falsch geht. Jemand kommt dadurch zu Schaden und stellt beim Polizeipräsidenten den Antrag auf Einziehung der Uhr. Könnte der Polizeipräsident dem Antrage stattgeben? Könnte er dem Ladeninhaber aufgeben, die Uhr dauernd mit der mitteleuropäischen Zeit in Einklang zu bringen?

6. Eine Landstraße überquert die Geleise der Reichsbahn schieneneben. Reichsbahngesellschaft und Provinzialverband bauen auf gemeinsame Kosten eine Bahnunterführung und übergeben sie mit Zustimmung der Wegepolizeibehörde dem freien Verkehr. Da aber die Provinzialverwaltung es unterläßt, die Unterführung zu beleuchten, sperrt die Reichsbahngesellschaft eines Tages die Zugänge zur Unterführung. Ist sie dazu berechtigt?

7. Der Direktor einer höheren Lehranstalt verbietet den Schülern das Fußballspiel. Müssen die Schüler gehorchen? Wer entscheidet?

8. Eine Straßenbahngesellschaft will die Fahrpreise erhöhen. Kann sie es ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde?

9. Der Regierungspräsident verlangt von einer seiner Aufsicht unterworfenen Stadt Herstellung und Unterhaltung eines Sport- und Spielplatzes. Muß die Stadt dem Ansinnen nachkommen? Wie kann der Regierungspräsident seinen Willen durchsetzen, wie kann sich die Stadt verteidigen?

Der erste Fall gehört dem Beamtenrechte an, der zweite dem Finanzrecht, der dritte dem Gebiet der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung, der vierte dem der öffentlichen Lasten, der fünfte dem Polizeirecht, der sechste dem Rechte der öffentlichen Sachen, der siebente dem der öffentlichen Anstalten, der achte dem Rechte der öffentlichen Unternehmungen, der neunte dem Rechte der Selbstverwaltung. Alle diese Gebiete des Verwaltungsrechts werden im besonderen Teile des Buches Gegenstand eingehender Prüfung sein. Hier, auf den einleitenden Seiten, ist es noch nicht möglich, die Fälle zu lösen; sie sollen nur ein Bild davon geben, welche Rechtsfragen in der Verwaltung vorkommen.

Das offenbar allen Fällen Gemeinsame ist das Tätigwerden eines Trägers öffentlicher Gewalt. Der Amtsvorsteher, der sich des Obdachlosen annimmt, der Schuldirektor, der das Fußballspiel verbietet, der gegen die Stadt einschreitende Regierungspräsident sind Beamte des Staats, der Bürgermeister vertritt beim Erlasse seines Dienstbefehls die Gemeinde, die Provinzialverwaltung handelt bei der Widmung der Bahnunterführung für den öffentlichen Verkehr im Namen des höheren Kommunalverbandes „Provinz“. Auch in den übrigen Fällen lassen sich deutlich Beziehungen zu vergangenen oder künftigen Tätigkeiten eines Trägers öffentlicher Gewalt aufweisen. Ob es außer dem Staate, den Gemeinden und den höheren Kommunalverbänden noch andere Träger öffentlicher Gewalt gibt, können erst spätere Untersuchungen lehren. An dieser Stelle genügt die Erkenntnis, daß Verwaltung irgendwie soviel bedeutet wie Tätigkeit des Staats oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt.

Die Beispiele geben zugleich an, welchen Fragen sich unsere Aufmerksamkeit vor allem zuwenden wird: dem Verhältnis zwischen einer übergeordneten Person zu einer ihr unterworfenen und dem Streit über die richtige Abgrenzung der beiderseitigen Befugnisse gegeneinander. Diese Fragen bilden aber nur einen, wenn auch für den Juristen besonders wichtigen, Ausschnitt aus dem Gesamtgebiet der Verwaltung. Wer ohne große Mühe einen Überblick über die Vielgestaltigkeit der Verwaltung gewinnen will, der schlage die Verwaltungsgebührenordnung irgendeines Landes oder einer Gemeinde auf[1]. Angesichts des großen Geldbedarfs des Staats und der öffentlichen Verbände darf man mit einer ziemlichen Vollständigkeit der

[1] Vgl. aus der neuesten Zeit z. B. preuß. VGO. v. 30. Dez. 26, württ. Landesgebührenordnung v. 22. Dez. 30.

Die Juristische Fakultät der Universität Heidelberg veranstaltet am Freitag, den 11. Nov. 1955, um 11 Uhr c. t. in der Aula der Alten Universität eine

# GEDENKSTUNDE

## für Prof. Dr. Walter Jellinek

Die Gedächtnisrede hält

Prof. Dr. ERWIN JACOBI, Leipzig.

Ich gebe mir die Ehre, Sie hierzu einzuladen.

Gallas
Dekan

U. A. w. g. bis 7. 11. 1955

dort vorgenommenen Zusammenstellung der Verwaltungstätigkeiten rechnen. Da sind Gebühren angesetzt für Tätigkeiten, die kaum noch Tätigkeiten sind, bis zu den kräftigsten Formen staatlicher Machtentfaltung, von der Entgegennahme der Anzeige eines nichtapprobierten Arztes über den Beginn seines beruflichen Wirkens bis zur Anordnung der Schutzhaft im Interesse Privater. Tätigkeiten sind aufgeführt, die der Feststellung oder Bewertung von Tatsachen dienen, wie Besichtigung von Rettungsgerätschaften, Untersuchung elektrischer Starkstromanlagen, Revision von Bierdruckapparaten in Wirtschaften, Ausmessung von Arbeitsräumen, Ermittlung der Höhe eines entstandenen Wildschadens, Prüfung von Lichtbildvorführern oder Flugzeugführern auf ihre berufliche Geeignetheit, sodann Tätigkeiten, die Tatsachen irgendwelcher Art zur Kenntnis eines andern oder der Allgemeinheit bringen, wie Wohnungsauskünfte, Ausstellung von Laufzetteln über gestohlenes oder verlorenes Gut, Erteilung von Aktenauszügen, Ausstellung von Personalbeschreibungen, Tätigkeiten ferner, die Tatsachen oder Rechtsverhältnisse mit einer gewissen Beweiskraft bekunden, wie Beglaubigungen von Abschriften, Namensfeststellungen, Ausstellung von Ursprungszeugnissen, Führungszeugnissen, Staatsangehörigkeitsausweisen. Wir finden Tätigkeiten rein tatsächlicher Art aufgeführt, die nichts Obrigkeitliches an sich haben, wie die Fütterung eingefangener Hunde, Auslieferung eingefangener Hunde oder gefundener Sachen an den Eigentümer, Anlegung eines Notverbandes bei Unglücksfällen, und dann wieder solche, die nur ein Träger öffentlicher Gewalt vornehmen kann, wie polizeiliche Vorführungen, Gestellung von Polizeimannschaften zum Schutze besonderer Veranstaltungen, Verbringung eines Gefangenen von einer Anstalt in eine andere, Wegnahme einer Sache im Wege der Zwangsvollstreckung. Vor allem nennen die Gebührenordnungen eine Reihe obrigkeitlicher Verfügungen mit Rechtswirkungen: die polizeiliche Strafverfügung ist genannt, dann die Erteilung eines polizeilichen Befehls und als Gegenstück dazu die Erteilung oder Versagung polizeilicher Erlaubnisse, wie der zum Betrieb eines Theaters, einer Gastwirtschaft, einer Krankenanstalt, zum Herumfahren eines Reklamewagens, oder die Ausstellung eines Wandergewerbescheins, endlich Verfügungen, die Rechte und Rechtsstellungen auch Dritten gegenüber begründen, ändern oder nehmen, wie Verleihung des Enteignungsrechts, Erteilung der Einbürgerung, Änderung des Familiennamens, Genehmigung oder Auflösung einer Stiftung, Pfändung einer Forderung, Befreiung von Ehehindernissen, Ernennung der Hauptbevollmächtigten von Versicherungsgesellschaften, Verleihung einer Fährgerechtigkeit.

Trotz dieser augenscheinlichen Vielgestaltigkeit der staatlichen Tätigkeiten wäre es verkehrt, alle staatlichen Tätigkeiten zur Verwaltung rechnen zu wollen. Schon das Wort Verwaltung deutet darauf hin, daß die Verwaltung weniger umfaßt als die Staatstätigkeit schlechthin, das romanische Wort vielleicht noch deutlicher als das deutsche. Verwaltung heißt im französischen „administration", Verwaltungsrecht „droit administratif", dann in anderen Sprachen „diritto amministrativo", „derecho administrativo", „administrative law"; Verwaltung hängt also mit den lateinischen Wörtern „minister" und „minus" zusammen und bedeutet eine mehr dienende Tätigkeit, eine Tätigkeit minderer Art. Auch das deutsche Wort „verwalten" enthält eine Abschwächung, wenn man es mit seinem edleren Stammwort „walten" vergleicht. Gott waltet, aber er verwaltet nicht, der König waltet, der Beamte verwaltet. Der durch die Revolution entthronte Bundesrat durfte nach einer Verordnung vom 14. November 1918 nur noch „Verwaltungsbefugnisse" ausüben. „Walten" heißt nach Grimms Wörterbuch soviel wie „Regieren". Schon in den Worten ist also der Unterschied zwischen Regieren und Verwalten begründet, Regieren, als der richtunggebenden Tätigkeit der an der Spitze des Staates stehenden Männer, und Verwalten, als der Tätigkeit innerhalb der von

der Regierung gegebenen Richtlinien. So gibt man einem Beamten vielleicht das Zeugnis, er sei ein guter Verwaltungsbeamter, aber untauglich für die Bekleidung eines Ministerpostens, und man klagt, daß wir zwar stolz auf ein hochstehendes Beamtentum sein könnten, aber darüber die Heranzüchtung des Nachwuchses leitender Staatsmänner vernachlässigt hätten[1]. Auch rechtliche Bedeutung kommt der Unterscheidung zwischen Regierung und Verwaltung zu; denn sie ist fruchtbar für die Ausscheidung gewisser Staatstätigkeiten aus dieser.

Jenes Walten, Regieren, Richtunggeben wird man nämlich dort finden, wo die große Politik gemacht wird, bei der Pflege der Beziehungen von Staat zu Staat, beim Erlaß von Gesetzen, bei Diktaturmaßnahmen und beim Zusammen- und Gegeneinanderwirken oberster Staatsorgane. Auch wenn es üblich ist, die Tätigkeit des Auswärtigen Amtes und der Gesandten zur auswärtigen „Verwaltung" zu rechnen, so sagt doch schon das Sprachgefühl, daß diese Tätigkeit keine Verwaltung im gewöhnlichen Sinne ist. Vor allem lebt der Staat, wenn er mit dem Auslande Beziehungen anknüpft oder löst, nicht nach Verwaltungsrecht, sondern nach Völkerrecht. Der Reichsgesetzgeber selbst hat ein richtiges Empfinden für dieses Herausragen des auswärtigen Dienstes über die Grenzen der gewöhnlichen Verwaltung. Das Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910 macht das Reich für die Amtspflichtverletzungen seiner Beamten verantwortlich, doch, anklingend an die französische Lehre von den „actes de gouvernement"[2], mit der wichtigen Ausnahme (§ 5 Ziff. 2), „soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichsministers des Auswärtigen politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat". Auch die dem Völkerrechte nachgebildeten Beziehungen der deutschen Länder untereinander und die bundesstaatlichen Beziehungen zwischen Reich und Land fallen aus dem Rahmen der Verwaltung. Ebensowenig gehört die Tätigkeit beim Erlaß von Gesetzen zu ihr. Dabei denken wir in erster Linie an die vom „Gesetzgeber", also dem Reichstag, dem Landtag, früher im Zusammenwirken mit dem Bundesrat oder dem Landesherrn, noch früher vom Landesherrn allein ausgehenden Rechtssätze, darüber hinaus an die Verordnungen der obersten Stellen und, in einem weiten Sinne, an alle Rechtssätze überhaupt, gleichgültig, von wem sie erlassen werden. Der Rechtssatz aber unterscheidet sich vom Verwaltungsakt durch seine Allgemeinheit, genauer durch die Allgemeinheit derer, an die er sich richtet. Das Bürgerliche Gesetzbuch, die Polizeiverordnung über Heilighaltung des Sonntags, das Ortsstatut über das Reinigen der Bürgersteige enthalten ausschließlich Rechtssätze, denn sie wenden sich an eine unbestimmte, nur begrifflich, nicht mit Eigennamen bezeichnete Vielheit von Personen, im Gegensatze etwa zu einer Steuerveranlagung, die einen bestimmten Steuerpflichtigen trifft. Das Allgemeine Landrecht bezeichnet „das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselben wieder aufzuheben, und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu erteilen" als ein dem Könige vorbehaltenes „Majestätsrecht" (§ 6 II 13), es gehört also zum „Walten", nicht zum „Verwalten" nach dem oben darüber Gesagten, und mit den Einzelmaßnahmen der Diktatur und dem Zusammen- und Gegeneinanderwirken oberster Staatsorgane, wie Einberufung oder Auflösung der Volksvertretung, ist es ebenso.

Aber selbst nach Abstrich der Regierungsakte ist die Bezeichnung der Verwaltung als Tätigkeit des Staats oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt noch zu weit. Auch dann ist nicht jede Tätigkeit des Staates dem einzelnen Bürger

---

[1] Vgl. BONN Krisis der europäischen Demokratie 1925 S. 24, 32.

[2] Vgl. JÈZE Les principes généraux du droit administratif[3] I 1925 S. 392ff.; SMEND-SCHEUNER im Annuaire de l'Institut international de droit public 1931 (noch nicht erschienen).

gegenüber Verwaltung. Wenn § 4 EG. GVG. den Ländern verbietet, „andere Gegenstände der Verwaltung“ denn Geschäfte der Justizverwaltung den ordentlichen Gerichten zu übertragen, und wenn eben dieser § 4 die Landesgesetzgebung nicht hindern will, die ordentlichen Gerichte mit jeder Art von „Gerichtsbarkeit“ zu betrauen, so entsteht ein in der bisherigen Darstellung noch unberücksichtigt gebliebener Gegensatz zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit. Der Unterschied kann nicht rein organisatorisch gemeint sein, daß nämlich eine Staatstätigkeit zur Verwaltung oder zur Gerichtsbarkeit gehöre, je nachdem eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht sie ausübt. Die organisatorische Scheidung ist sehr wichtig und wird uns bald in anderem Zusammenhange beschäftigen, aber hier ist die Gegenüberstellung offenbar gegenständlich gedacht, da sonst das Verbot der Übertragung von Verwaltungszuständigkeiten auf die ordentlichen Gerichte sich selbst aufhöbe, oder doch wenigstens zum Teile gegenständlich. Mag es auch Tätigkeiten geben, die Verwaltung sind, solange sie von Verwaltungsbehörden ausgeübt werden, und Gerichtsbarkeit, sobald ein Gesetz sie auf die ordentlichen Gerichte überträgt, wie etwa die Genehmigung zur Namensänderung oder die Anordnung der Fürsorgeerziehung bald Verwaltung, bald freiwillige Gerichtsbarkeit sein können, so gibt es doch augenscheinlich auch gerichtsunfähige Verwaltungsakte, wie Anordnung der Hilfeleistung bei Brandfällen, Einsetzung eines kommissarischen Gemeindevorstehers, Erteilung einer Baugenehmigung, eben jene Akte, deren Übertragung auf die Gerichte § 4 verbietet. Umgekehrt fragt es sich, ob es auch verwaltungsunfähige Gerichtsbarkeitsakte gibt, wenigstens in dem Sinne, daß sie nach unseren geschichtlich geschulten Anschauungen auch dann noch als Akte der Gerichtsbarkeit empfunden werden, wenn sie von einer Verwaltungsbehörde ausgehen. Dies ist bei Akten der Rechtsprechung tatsächlich der Fall, Rechtsprechung gedacht als die endgültige Entscheidung eines zwischen mehreren Parteien auszutragenden Rechtsstreits. Wenn irgendwo die Polizeibehörde für zuständig erklärt ist, zwischen Jagdpächter und Gemeinde über die Gültigkeit des Jagdpachtvertrages zu entscheiden oder im Streit zwischen Grundeigentümer und Jagdberechtigtem die Verpflichtung des letzten zum Ersatze von Wildschäden festzustellen, so spricht nach unseren Anschauungen die Polizeibehörde Recht, sie übt Rechtspflege, und nicht etwa Verwaltung aus. Die Verwaltung bildet also, gegenständlich betrachtet, nicht nur einen Gegensatz zur Rechtsetzung, sondern auch zur Rechtsprechung.

Was hiernach übrig bleibt, läßt sich schwer positiv bestimmen. Zu vielerlei Tätigkeiten kommen, wie die Verwaltungsgebührenordnungen gelehrt haben, in der Verwaltung vor. Verzichtet man auf eine unbedingt passende Begriffsbestimmung und begnügt sich mit der Unterstreichung des Wesentlichen, so ist die Verwaltung auf die Schaffung oder Verhinderung von etwas Neuem im Einzelfalle gerichtet, und wäre das Neue auch nur die Begründung der Fälligkeit einer schon durch Gesetz festgelegten öffentlichrechtlichen Geldschuld. Nicht jene Entgegennahme von Erklärungen, jene Ermittelungen, Besichtigungen, Auskunftserteilungen, Bescheinigungen, Beurkundungen machen das Ureigenste der Verwaltung aus, sondern die Handlungen tatsächlicher Art und die Verfügungen dem einzelnen gegenüber, wie Befehle, Erlaubniserteilungen, Machtverleihungen und Machtentziehungen. Diese Richtung auf die Tat ist es denn auch, die willensstarke Naturen veranlaßt, sich lieber zum Verwaltungs- als zum Justizdienste zu melden, und es ist kein Zufall, daß die badische Gesetzessprache bis vor kurzem die freiwillige Gerichtsbarkeit mit „Rechtspolizei“ bezeichnet hat, also mit einem Namen, der ihre innere Verwandtschaft mit der Verwaltung deutlich zum Ausdruck bringt. Wie es kommt, daß dessen ungeachtet die Tätigkeit der Vormundschaftsbehörde und ähnliche Tätigkeiten den Gerichten und nicht den Verwaltungsbehörden übertragen worden sind, wird alsbald zu untersuchen sein.

Unter Ausscheidung der dem Völkerrecht und dem Bundesstaatsrecht angehörigen Staatstätigkeit, der Diktaturmaßnahmen für den Einzelfall und des Zusammenspiels oberster Staatsorgane wäre demnach die Verwaltung gegenständlich zu bestimmen als die Tätigkeit des Staats oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von Rechtsetzung und Rechtsprechung, Rechtsetzung in der Bedeutung des Erlasses von Anordnungen an eine abstrakt bezeichnete Vielheit von Personen, Rechtsprechung in der Bedeutung der endgültigen Entscheidung eines zwischen mehreren Personen auszutragenden Rechtsstreits. Keine Begriffsbestimmung, aber eine das Typische unterstreichende Beschreibung der Verwaltung ist es, wenn man sie positiv bezeichnet als die unterhalb der Sphäre der Regierung auf die Schaffung oder Verhinderung von etwas Neuem im Einzelfalle gerichtete Tätigkeit des Staats oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt.

## II. Verwaltung, Gesetzgebung, Justiz.

Neben der gegenständlichen Begriffsbestimmung der Verwaltung gibt es noch eine organisatorische. Damit hat es folgende Bewandtnis.

Nur in winzigen Staaten, so kleinen, wie sie heute überhaupt nicht mehr vorkommen, ist es möglich, daß ein einziger Mensch die gesamte Staatsgewalt, oberste wie niederste, in sich verkörpert. In allen wohlgeordneten größeren Gemeinwesen bedarf es für die Führung der öffentlichen Geschäfte einer Mehrheit von Stellen. Schon Aristoteles hatte in seiner Politik (1297b, 1298a) rein beschreibend ausgesprochen, daß es in jedem Staate dreierlei (*τρία μόρια*) gebe: eine Stelle, die über alle wichtigen gemeinsamen Dinge, wie Krieg, Frieden, Bündnisse, Gesetze Beschluß fasse (*τὸ βουλευόμενον περὶ τῶν κοινῶν*), dann Ämter (*ἀρχαί*), endlich eine Einrichtung für die Rechtsprechung (*τὸ δικάζον*), wir würden heute sagen: eine gesetzgebende Stelle, Verwaltungsbehörden und Gerichte. Von späteren Schriftstellern hat namentlich John Locke in den 1690 erschienenen Two Treatises on Government II 12 ff. Betrachtungen über die verschiedenen Gewalten im Staate angestellt. Weltberühmt aber wurde die Lehre von den drei Staatsgewalten erst durch die Prägung, die ihr Montesquieu im elften Buche seines Werkes über den Geist der Gesetze (De l'Esprit des Lois 1748) gegeben hat.

**1. Die Lehre Montesquieus von der Trennung der Gewalten.** Die Überschrift dieses elften Buches lautet: Von den Gesetzen, welche die politische Freiheit in ihrer Beziehung zur Verfassung ausmachen. Montesquieu stellt fest, daß es kaum ein solch vieldeutiges Wort gebe wie das Wort „Freiheit“. Die einen sähen darin die Möglichkeit, den Tyrannen zu verjagen, andere die Möglichkeit, den selbst zu wählen, dem sie gehorchen sollen, wieder andere setzten die Freiheit der Befugnis zum Waffentragen gleich oder dem Rechte, nur von einem Manne ihrer Volksgemeinschaft beherrscht zu werden. Die Russen hätten lange Zeit unter Freiheit die Befugnis zum Tragen eines langen Bartes verstanden. Vor allem habe man die Freiheit mit gewissen Staatsformen in Verbindung gebracht, so mit der demokratischen Republik, allerdings habe man damit die Volksgewalt mit der Volksfreiheit verwechselt (Kap. II). Das Wesentliche der politischen Freiheit sei vielmehr, daß der Bürger vor dem Mißbrauch der Staatsgewalt geschützt werde. Damit man aber die Gewalt nicht mißbrauchen könne, sei es nötig, daß vermöge der Anordnung der Dinge die eine Gewalt die andere hemme („que... le pouvoir arrête le pouvoir“). Eine Verfassung könne so sein, daß niemand zu Handlungen gezwungen werde, zu denen ihn das Gesetz nicht verpflichte, oder zur Unterlassung von Handlungen, die das Gesetz ihm erlaube[1] — eine klare Prägung dessen, was man

[1] chap. IV: „Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet.“

heute als den Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bezeichnet.

Durch die, allerdings für seine Zwecke etwas zurechtgemachte, Betrachtung der englischen Verfassung, deren unmittelbarer Gegenstand gerade die politische Freiheit sei und daher als Muster dienen könne (Kap. V), kommt dann MONTESQUIEU zu seiner berühmten Lehre von der Trennung der Gewalten (Kap. VI). In jedem Staate gibt es drei Arten von Gewalten: die gesetzgebende, die vollziehende und die richterliche (puissance législative, puissance exécutrice, puissance de juger — Kap. VI Abs. 1 u. 2). Unter vollziehender Gewalt allerdings versteht MONTESQUIEU die auswärtige Gewalt, begreift aber den Oberbefehl über die bewaffnete Macht mit darunter. Wie es so häufig geht, hat man später der „vollziehenden Gewalt" MONTESQUIEUS einfach die Bedeutung von „Verwaltung" untergeschoben, in dieser Umdeutung ist die Lehre zur Geltung gelangt. Das Wesentliche der Lehre lag in dem Gedanken, daß die drei Gewalten zu trennen seien. „Alles wäre verloren, wenn derselbe Mensch oder dieselbe Versammlung der Auserlesenen, sei es des Adels, sei es des Volkes, diese drei Gewalten ausübten: die Gewalt, Gesetze zu erlassen, die Gewalt, die öffentlichen Entschließungen auszuführen, und die Gewalt, die Verbrechen oder die Streitigkeiten der Privatleute abzuurteilen" (Abs. 6). Daher die Forderung, die drei Gewalten auf drei verschiedene Stellen im Staate zu verteilen: die gesetzgebende auf ein aus zwei Häusern — einer Versammlung des Adels und einer Volksvertretung — bestehendes Parlament, die vollziehende auf den Monarchen und die richterliche auf Volksgerichte mit ständig wechselnden, nach bestimmten gesetzlichen Regeln zu berufenden Laienrichtern.

Das Neue an der Lehre MONTESQUIEUS war also nicht die Teilung der Staatstätigkeiten in Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz, denn diese Dreiteilungslehre geht bis auf ARISTOTELES zurück, sondern die Forderung nach ihrer sauberen organisatorischen Trennung. Ein Staat, der Anspruch darauf erhebt, Hort der politischen Freiheit zu sein, muß besondere Organe für die Gesetzgebung, für die Vollziehung (Verwaltung) und für die Justiz haben, die Zuständigkeiten dieser Organe müssen durch voneinander unabhängige Personen wahrgenommen werden. Vor allem aber muß auch eine innere Verwandtschaft zwischen dem Staatsorgan und der ihm zugewiesenen Staatstätigkeit bestehen. Dem gesetzgebenden Organ darf keine richterliche Tätigkeit anvertraut werden, dem verwaltenden keine gesetzgebende usw. Anders ausgedrückt: Die gegenständliche Dreiteilung der Staatstätigkeiten in Rechtsetzung, Rechtsprechung und Verwaltung soll sich decken mit der organisatorischen in Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung. Die gesetzgebenden Organe sollen nur Rechtssätze erlassen, die Gerichte nur Straf- und Zivilurteile, die Verwaltungsbehörden mit dem Staatsoberhaupt an der Spitze nur Akte der Vollziehung.

MONTESQUIEUS Lehre hat am mächtigsten auf Nordamerika gewirkt[1]. Die große Selbständigkeit des amerikanischen Präsidenten gegenüber dem Kongreß, seine Freiheit von jedem Gegenzeichnungszwang, die Prüfung der Unionsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Gerichte sind Auswirkungen des MONTESQUIEUschen Werkes. In Frankreich, überhaupt im kontinentalen Europa, wurde MONTESQUIEUS Einfluß durch ROUSSEAUS Contrat social (1762) mit dessen Betonung der Allgewalt der Gesetzgebung etwas abgeschwächt. Es bedarf einer genaueren Untersuchung, wieweit die Lehre von der Trennung der Gewalten im heutigen deutschen Rechte verwirklicht ist.

**2. Die Trennung der Gewalten im geltenden Rechte.** Seit die Verfassung von Massachusetts vom 2. März 1780 es ausgesprochen hat, daß die gesetzgebende

---

[1] Vgl. KNUST Montesquieu und die Vereinigten Staaten von Amerika 1922.

Versammlung niemals die vollziehende und richterliche Gewalt oder eine von beiden ausüben solle, ebenso die Exekutive niemals die gesetzgebende oder richterliche Gewalt und die Gerichte niemals die gesetzgebende oder vollziehende Gewalt, damit im Staate eine Herrschaft der Gesetze und nicht eine solche von Menschen bestehe[1], findet sich der Grundsatz von der Trennung der Gewalten häufig in den Verfassungen. Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 sagte im Art. 16 sogar, ein Gemeinwesen, in dem die Trennung der Gewalten nicht festgelegt sei, habe überhaupt keine Verfassung. In den Verfassungen schweizerischer Kantone wird bestimmt, daß ein gerichtliches Urteil weder von der gesetzgebenden noch von der administrativen Gewalt aufgehoben oder abgeändert werden könne (Zürich Art. 56, Bern Art. 52), daß die richterliche Gewalt von der gesetzgebenden und der vollziehenden (Genf Art. 94), daß die vollziehende und die richterliche Gewalt grundsätzlich getrennt seien (Basel-Stadt § 9). Von den deutschen Landesverfassungen bestimmt die bayerische (§ $69^{\text{II}}$) in Anlehnung an § 4 EG. GVG., daß Rechtspflege und Verwaltung getrennt seien, daß aber den Gerichten Geschäfte der Justizverwaltung und der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden könnten. Die Reichsverfassung deutet zwar durch die Abschnittsüberschriften „Die Reichsgesetzgebung", „Die Reichsverwaltung", „Die Rechtspflege" (Art. 68ff., 78ff., 102ff.) die Lehre von der Dreiheit der Gewalten an, sagt aber nichts Ausdrückliches über die Gewaltentrennung. Allerdings läßt sich manches zwischen den Zeilen lesen, so die Unabhängigkeit der Justiz gegenüber der Verwaltung aus dem Satze, daß die Richter unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen sind (Art. 102).

Die Trennung der Gewalten ist in Deutschland jedenfalls organisatorisch durchgeführt. Der Schwerpunkt der Gesetzgebung ruht beim Reichstag und bei den Landtagen, die Justiz wird im wesentlichen durch die Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte und das Reichsgericht verkörpert, und für die Aufgaben der Verwaltung gibt es wieder besondere Behörden, wie Finanzämter, Landesfinanzämter, Reichsfinanzministerium, Landratsamt, Regierung, Oberpräsidium, Ministerium des Innern. Allerdings fehlt eine allgemeine Bestimmung, die eine Personalunion zwischen den drei Gewalten verböte. Ein Richter z. B. kann Landtagsabgeordneter sein oder, mit Genehmigung des Justizministers, nebenamtlich die Stelle eines Verwaltungsbeamten, etwa eines stellvertretenden Bürgermeisters, versehen[2].

Betrachten wir nunmehr Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung im einzelnen.

a) Die Durchführung der MONTESQUIEUschen Lehre bei der Gesetzgebung würde bedeuten, daß die gesetzgebenden Organe des Reichs und der Länder nur Rechtssätze erlassen dürften. Dies ist auch durchaus die Regel. Die „Gesetze", die man beim Durchblättern der Gesetzsammlungen findet, sind meist Anordnungen des Gesetzgebers an eine unbestimmte Vielheit von Personen, also Rechtssätze oder, wie man sich in der Staatsrechtslehre auch ausdrückt, „Gesetze im materiellen Sinne". Die Gewerbeordnung, das Freizügigkeitsgesetz, die Jagdgesetze und die Städteordnungen der Länder sind Gesetze dieser Art. Daneben sind schon in der Verfassung Willensäußerungen der gesetzgebenden Gewalt vorgesehen, die nicht zugleich Rechtssätze enthalten. Die Feststellung des Haushaltsplanes, die Genehmigung einer Reichsanleihe (RV. Art. 85, 87) sind bekannte Beispiele für solche „Gesetze im nur formellen Sinne". Sie enthalten nur an die Reichsorgane gerichtete Anordnungen, so die Erlaubnis an die Reichsminister und die ihnen unterstellten Behörden zur Leistung der im Haushaltsplane vorgesehenen Zahlungen oder die

[1] Vgl. den Text bei G. JELLINEK Erkl. d. Menschen- u. Bürgerrechte[4] 1927 S. 28.
[2] Vgl. den Fall bei RG. IV 18. Febr. 21, RGSt. 55, 251f.

Ermächtigung des Reichsfinanzministers zur Auflegung einer Anleihe. Da sie die Stellung des einzelnen nicht berühren, wofern nicht ein echter Rechtssatz zur näheren Bestimmung seines Inhalts auf sie verweist[1], sondern nur in die Freiheit des Staates selbst eingreifen, stehen sie mit der Forderung MONTESQUIEUS im Einklang. Schon eher gegen den Grundsatz von der Trennung der Gewalten verstößt die Abhängigkeit der Minister von der Volksvertretung. Da die Minister zugleich oberste Dienststellen ihres Verwaltungszweiges sind, kann die Volksvertretung durch die Drohung mit einem Mißtrauensvotum oder durch den Ausspruch eines solchen stark in die Verwaltung hineinregieren (RV. Art. 54). Nach Art. 29 der preußischen Verfassung kann der Landtag sogar durch einfachen Beschluß, also ohne die im Gesetzgebungsverfahren vorgesehenen Hemmungen, die „Grundsätze für die Verwaltung der Staatsangelegenheiten" aufstellen.

Doch tritt all dies zurück hinter die in diesem Zusammenhange zu behandelnde Hauptfrage, ob der Gesetzgeber auch Einzelgesetze erlassen darf, also Anordnungen, die für eine genau bestimmte Einzelperson Rechte und Pflichten begründen. Kann z. B. durch Reichsgesetz bestimmt werden, daß der Deutsche A, vielleicht mit Rücksicht auf seine politische Gefährlichkeit, seinen Wohnsitz nicht verlassen dürfe oder daß er in Schutzhaft zu bringen sei oder daß der Schriftsteller B verpflichtet sei, sein handschriftlich fertiggestelltes, für die Allgemeinheit besonders wichtiges Werk in Druck zu geben, oder kann durch Gesetz die Enteignung eines ganz bestimmten Grundstücks angeordnet werden?

Soweit es sich um ein begünstigendes Gesetz handelt, bestehen gegen seine Zulässigkeit keine Bedenken. Ein Reichsgesetz, das aus einem dem Reiche angefallenen Vermächtnis eine rechtsfähige Stiftung macht oder den Reichsminister des Innern ermächtigt, eine solche Stiftung ins Leben zu rufen, wäre heute ebenso möglich wie zur Zeit der früheren Reichsverfassung, unter deren Herrschaft ein derartiges Gesetz wirklich erlassen wurde (G. v. 7. Jan. 1908). Auch die Aussetzung eines Ehrensoldes an einen bestimmten verdienten Staatsmann, Künstler oder Heerführer durch Einzelgesetz begegnet keinen Schwierigkeiten.

Wie aber sind die Eingriffe durch Einzelgesetz zu beurteilen? Sie wären sicher dann unzulässig, wenn der Grundsatz von der Trennung der Gewalten in der Verfassung feierlich ausgesprochen wäre. Man könnte sie dann auch nicht etwa mit dem scharfsinnigen Hinweise retten, das die bestehende Rechtsordnung im Einzelfalle durchbrechende Gesetz sei überhaupt ein Rechtssatz, wenn auch ein sich im Einzelfalle erschöpfender; Rechtssatz ist vielmehr, die Zulässigkeit des Einzelgesetzes vorausgesetzt, der den Erlaß eines Einzelgesetzes regelnde Satz, dagegen nicht das Einzelgesetz selbst, wenn es, von einer Verwaltungsbehörde erlassen, eine Verfügung, ein Verwaltungsakt wäre. Nun schweigt aber die Reichsverfassung und schweigen die Länderverfassungen über die Frage, ob der Grundsatz von der Trennung der Gewalten auch für den Gesetzgeber gilt. In dem Grundsatze der Gleichheit vor dem Gesetze (RV. Art. 109) ist er nicht notwendig mitenthalten. Denn selbst angenommen, der Grundsatz bilde eine Schranke auch für den Gesetzgeber, eine Annahme, deren Berechtigung noch zu prüfen sein wird[2], so verbietet er doch nur unsachgemäße Unterscheidungen; das Einzelgesetz kann aber sehr wohl sachgemäß sein und der Prüfung auf Willkür standhalten. Es kommt daher einzig darauf an, in welcher Bedeutung die Verfassungen, vor allem die Reichsverfassung, das Wort „Gesetz" gebrauchen, wenn bei den Grundrechten bestimmt wird, daß Eingriffe nur auf Grund von „Gesetzen" zulässig sein sollen (z. B. RV. Art. 114, 115, 117, 153). Die Frage harrt noch einer gründlichen Untersuchung. Die dem Bürger günstigste Lösung wäre, das Wort „Gesetz" in einem ganz engen Sinne zu nehmen

[1] Vgl. unten S. 133, 345, 385. [2] Vgl. unten § 8 I 3 a.

und zu verlangen, daß jeder Eingriff in einem von der gesetzgebenden Gewalt erlassenen Rechtssatze, also einem Rechtssatze, der zugleich Gesetz ist, vorgesehen sein muß. In einem weiteren Sinne würde das Wort „Gesetz“ soviel bedeuten wie Rechtssatz schlechthin, gleichgültig, ob in Gesetzesform erlassen oder, auf Grund gesetzlicher Ermächtigung, in Form einer Verordnung oder einer statutarischen Vorschrift. Am ungünstigsten für den Bürger wäre es, wenn das Wort „Gesetz“ noch weiter gefaßt werden müßte und außer allen Rechtssätzen auch noch den Einzeleingriff in Gesetzesform enthielte oder, was auf das gleiche hinausläuft, die gesetzliche Ermächtigung zu einem bestimmten Einzeleingriff. Trotz gewisser rechtsstaatlicher Hemmungen[1] muß man diese letzte Möglichkeit als geltendes Recht anerkennen. Wo das Wort „Gesetz“ soviel bedeuten soll wie „Rechtssatz“, pflegt dies ausdrücklich mit den Worten gesagt zu werden: „Gesetz im Sinne dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm“ (z. B. EG. BGB. Art. 2, EG. ZPO. § 12). Dagegen herrscht in den Verfassungen der formelle Gesetzesbegriff vor, schon weil sie das Zustandekommen eines Gesetzes beschreiben. Bis zum zwingenden Beweise des Gegenteils muß daher die Zulässigkeit von Einzelgesetzen bejaht werden. So haben nach RV. Art. 127 die Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der „Gesetze“. Meist werden es allgemeine Gesetze sein[2], aber auch das württembergische Gesetz vom 11. Juni 1927, das die eine Gemeinde Schloßberg unter besondere Staatsaufsicht stellt, ist nicht zu beanstanden.

Die Gewaltentrennung verlangt auch, daß der Gesetzgeber ferngehalten werde von Akten der Rechtsprechung. Hier ist der Entwicklungszug zur Durchführung des Grundsatzes unverkennbar. Während nach Bismarcks Verfassung einzelstaatliche Verfassungsstreitigkeiten „im Wege der Reichsgesetzgebung zur Erledigung zu bringen“ waren (Art. $76^{II}$), entscheidet heute der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich darüber (RV. Art. 19), während früher der Reichstag selbst die Legitimation seiner Mitglieder prüfte und darüber entschied (Art. 27), ist die Entscheidungsbefugnis heute einem Wahlprüfungsgericht anvertraut (RV. Art. 31). Die parlamentarischen Untersuchungsausschüsse allerdings treffen sich vielfach mit den Strafgerichten auf derselben Fährte, doch üben sie im Endergebnis keine Rechtsprechung aus, da ihnen die Entscheidungsgewalt mangelt.

b) Die Justiz soll nach der Trennungslehre ausschließlich rechtsprechend tätig sein. Im wesentlichen ist die Forderung auch verwirklicht. Das Hauptziel aller gerichtlichen Verhandlungen ist das den Rechtsstreit erledigende Urteil, dessen wichtigste Aufgabe in der endgültigen Feststellung dessen besteht, was Rechtens ist, nicht nur beim Feststellungsurteil des Zivilprozesses, sondern auch beim Leistungsurteil, bei einigen von den rechtsgestaltenden Urteilen und beim Strafurteil. Denn auch das Ehenichtigkeitsurteil z. B., das die bisher als gültig anzusehende Ehe zu einer Nicht-Ehe macht, stellt rechtskräftig fest, daß die Ehe von Anfang an der Vernichtung ausgesetzt war.

Ganz frei hält sich die Justiz von der Rechtsetzung. Zwar kann die Justiz durch ihre Rechtsprechung einen entscheidenden Einfluß auf die Rechtsentwicklung nehmen, aber selbst dann, wenn einem Akte der Rechtsprechung Gesetzeskraft beigelegt wird, wie der Gültig- oder Ungültigerklärung eines Landesgesetzes durch das Reichsgericht nach RV. Art. $13^{II}$ (G. v. 8. April 1920), übt das Gericht von Rechts wegen keine rechtsetzende Tätigkeit aus. Denn der Gesetzgeber will und die Beteiligten erwarten, daß das Gericht nur ausspricht, was schon Rechtens ist, daß es das Recht findet, nicht erfindet. Wohl kann die Rechtslage so dunkel, der Bestand an Rechtssätzen so spärlich sein, daß es eines beweglichen Geistes bedarf, um zu einer

---

[1] Vgl. namentlich Carl Schmitt Unabhängigkeit der Richter 1926 S. 17ff., JW. 1926 S. 2271f. u. Verfassungslehre 1928 S. 152ff., ferner Thoma im HdbDStR. II S. 150. Hierzu W. Jellinek im RVerwBl. 50 (1929) S. 521.

[2] Nur solche will Stier-Somlo, ArchÖffR. 56 (1929) S. 19, zulassen.

befriedigenden Lösung zu kommen. Dies feine Abwägen des wirtschaftlichen Für und Wider, das Erdenken neuer Rechtsfiguren, der Einfall einer „eleganten" Konstruktion dürfen subjektiv als rechtschöpferische Tätigkeiten bezeichnet werden, wenn man damit nur sagen will, daß der Richter auf einem gedankenreichen Wege zu seiner Entscheidung gekommen ist. Trotzdem darf die Entscheidung im Ergebnis nicht schöpferisch sein[1]. Das wäre ein schlechter Richter, der nicht überzeugt wäre, daß auch ein anderer Richter zum gleichen Ergebnis kommen müßte wie er selbst. Diese Vertretbarkeit der Entscheidung, diese ihre Entpersönlichung entkleidet sie aber notwendig des objektiven Schöpfertums. Wer ausspricht, was jeder andere aussprechen müßte, sagt nichts Neues. Wenn trotzdem die Rechtsprechung im Laufe der Zeit rechtsbildend wirken kann, so hängt dies mit der Macht der Tatsachen zusammen, die sich zu Gewohnheitsrecht oder ähnlichen Rechtsbildungen verdichten können, und nicht mit einer dem Richter erteilten Vollmacht zur Rechtsetzung.

Weniger frei hält sich die Justiz von Verwaltungstätigkeiten. Allerdings enthält § 4 EG. GVG. den schon bekannten Satz: „Andere Gegenstände der Verwaltung (als Geschäfte der Justizverwaltung) dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden". Aber Geschäfte der Justizverwaltung können ihnen eben übertragen werden, daneben jede Art von Gerichtsbarkeit. Bedenkt man außerdem die mannigfachen dem Urteile vorausgehenden und nachfolgenden Tätigkeiten der Gerichte leitender und anordnender Art, so findet man eine dreifache Betrauung der Gerichte mit Tätigkeiten außerhalb der eigentlichen Rechtsprechung: Prozeß- und Vollstreckungsbetrieb, freiwillige Gerichtsbarkeit und Justizverwaltung. Alle drei Tätigkeiten stehen aber mit der Hauptaufgabe der ordentlichen Gerichte, der Rechtsprechung, in solch nahem Zusammenhang, daß sie nicht als Fremdkörper der Justiz empfunden werden.

Am klarsten erscheint diese Zweckverbundenheit beim Prozeßbetrieb. Die Vorladung eines Zeugen, die Vernehmung eines Sachverständigen, die Ausübung der Sitzungspolizei sind für sich betrachtet keine Akte der Rechtsprechung und können ebensogut bei der Verwaltung vorkommen. Aber sie dienen unmittelbar der Urteilsfindung und müssen vernünftigerweise als Zubehör der Rechtsprechung denselben Behörden anvertraut sein wie die Rechtsprechung selbst.

Beim Vollstreckungsbetrieb und bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit spricht eine andere Erwägung für die Zuweisung an die ordentlichen Gerichte: ihre Sachkunde auf den in Frage kommenden Rechtsgebieten. Der über Hypothekenforderungen entscheidende Richter weiß auch am besten Bescheid über die bei Zwangsversteigerungen zu beobachtenden Regeln, der im streitigen Vereinsrecht, im streitigen Familienrecht bewanderte Richter eignet sich besser zur Führung des Vereins- und Güterrechtsregisters, zur Bestellung eines Vormunds, zur Genehmigung einer vom gesetzlichen Vertreter geplanten Grundstücksveräußerung, als der mehr in Fragen des öffentlichen Rechts und der öffentlichen Wirtschaft bewanderte Landrat. Bedenkt man ferner, daß es sich auf diesen Gebieten in erster Linie um die Pflege privater Interessen handelt, genau wie bei den Streitigkeiten des bürgerlichen Rechts, so wird man auch hier den Zweckzusammenhang der Tätigkeiten mit der Rechtsprechung so stark empfinden, daß der Gedanke einer unorganischen Verquickung verschiedenartiger Staatstätigkeiten nicht aufkommen kann.

Ebenso verhält es sich endlich mit der Justizverwaltung als der den inneren Betrieb der Gerichte aufrechterhaltenden und regelnden Tätigkeit[2]. An sich wäre

---

[1] Näheres unten § 7 VII.

[2] Vgl. SIMÉON Art. „Justizverwaltung" im WStVR. II; VIERHAUS i. d. Festschr. f. Fr. Klein 1914 S. 213ff.; LUKAS i. d. Festg. f. O. Mayer 1916 S. 223ff.; PAPE-LIEBER Justizverwaltung² in PAPE Die Gerichtspraxis XI 1929; IPSEN Richter und Justizminister, Heidelb. Diss. 1929 S. 10ff.

es denkbar, daß der Justizminister allein alle Ernennungen, Zurruhesetzungen, Entlassungen der Beamten im mittleren und unteren Justizdienst vornähme, den Urlaub der Richter und der sonstigen Justizbeamten regelte, die Referendare einem Gerichte zuwiese, einem Richter auf Antrag die Genehmigung zu einer Nebenbeschäftigung erteilte, die gerichtseigenen Grundstücke verwaltete. All dies und manches andere läßt sich aber besser an Ort und Stelle übersehen als von Berlin aus. Es ist daher wieder die enge Zweckverbundenheit, die eine Betrauung der Gerichte mit Geschäften der Justizverwaltung rechtfertigt und nicht als Verstoß gegen die Trennungslehre empfinden läßt.

c) Auch von den Verwaltungsbehörden läßt sich sagen, daß sie in erster Linie Verwaltung im gegenständlichen Sinne ausüben, also sich handelnd betätigen, ohne Recht zu setzen oder Recht zu sprechen. Aber die Neigung zur Gewaltentrennung ist hier weniger stark entwickelt als in der Gesetzgebung und in der Justiz.

Den Verwaltungsbehörden ist vielfach ein Stück Rechtsetzungsgewalt anvertraut. Der Bürgermeister, der Landrat, der Regierungspräsident, der Oberpräsident, der Minister erlassen Polizeiverordnungen, die städtischen Kollegien ortsstatutarische Vorschriften, beides an die Allgemeinheit gerichtete Anordnungen und von den Rechtssätzen des Gesetzgebers nur dadurch unterschieden, daß sie von einer untergeordneten Stelle ausgehen und daher einen geringeren Rang haben als jene.

Doch nicht nur dies. Derselbe Bürgermeister, der in einer Polizeiverordnung das Bellenlassen der Hunde verbietet, kann gegen den Eigentümer des bellenden Hundes eine Polizeistrafverfügung erlassen (StPO. § 413).

Aber auch die Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten kann ihm durch Landesgesetz übertragen werden. Denn nach § 13 GVG. gehören vor die ordentlichen Gerichte die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur so weit, als nicht „die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden begründet ist". So entscheidet in Preußen über Schadensersatzansprüche aus Wildschäden nach § 58 der JagdO. vom 15. Juli 1907 zunächst die Ortspolizeibehörde. Die Zulassung von Gemeindegerichten nach § $14^3$ GVG. bietet eine weitere Möglichkeit zur Betrauung des Bürgermeisters mit gerichtlichen Aufgaben. Ganz frei ist die Landesgesetzgebung bei der Zuweisung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten an die Verwaltungsbehörden; so entscheidet vielfach eine Verwaltungsbehörde über die bestrittene Öffentlichkeit eines Weges.

Es kann also folgender Fall eintreten: Der Bürgermeister erläßt eine Polizeiverordnung, nach der Bienenkörbe mindestens 50 m von öffentlichen Wegen entfernt gehalten werden müssen. A geht auf dem Wege vor Imkers B Anwesen und wird von einer Biene gestochen. B's Bienenkörbe sind alle nur 20 m vom Wege entfernt, B behauptet aber, der Weg gehöre ihm und sei ein Privatweg. Jetzt kann der Bürgermeister durch die Gesetzgebung zu nicht weniger als fünf Maßnahmen ermächtigt sein. Er entscheidet, wenigstens vorläufig, daß der Weg ein öffentlicher Weg ist. Er bestraft B mit 20 RM Geldstrafe. Er verurteilt ihn auf Klage des A zu 50 RM Schadensersatz. Er befiehlt ihm von Amts wegen, die Bienenstöcke zu verlegen. Er vollstreckt die drei letzten Maßnahmen. Er ist also Gesetzgeber, Richter und Verwaltungsbeamter in einer Person.

Diese offenbare Verletzung des im Grunde doch sicher gesunden Grundsatzes von der Trennung der Gewalten wird nicht so sehr durch die Kleinheit der Verhältnisse entschuldigt, denn den Verwaltungsbehörden, auch den höheren und höchsten, können sehr wichtige Entscheidungsbefugnisse, wie die über den Besitz der deutschen Staatsangehörigkeit, übertragen sein, außerdem sind die „örtlichen Tyrannen" vielfach bedeutend lästiger als die entfernt wohnenden. Was die Verletzung

erträglich macht, ist vielmehr ihre Milderung durch Maßnahmen der Organisation und des Rechtsschutzes. Bei Polizeiverordnungen handelt der Verordnende meist nicht allein, sondern gebunden an die Zustimmung eines Kollegiums, etwa des Magistrats, und die Rechtsprechungsakte unterliegen meist der Anfechtung, über die bei Gemeindegerichtsurteilen und Polizeistrafverfügungen die ordentlichen Gerichte, bei den übrigen Akten der Rechtsprechung vielfach die später noch genauer zu beschreibenden Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben. Restlos ist aber diese Milderung nicht durchgeführt, namentlich gibt es auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts noch manche Verwaltungsentscheidung, die jeder richterlichen Nachprüfung entrückt ist. Der Grund für diese Vermengung der Staatstätigkeiten liegt zum Teile in der Bequemlichkeit des Gesetzgebers, der es verabsäumt, altüberkommene Einrichtungen den Forderungen der Zeit anzupassen, teils in dem bewußten Willen, den um sein Dasein ringenden Staat den Gefahren einer ihm ungünstigen Rechtsprechung zu entziehen[1], teils in der Absicht, das Ansehen der Verwaltungsbehörde zu stärken. So wie ein großer Unterschied in der Stellung des Kompagnieoffiziers besteht, der den Soldaten zur Bestrafung meldet, und der des Kompagnieführers, der selbst strafen kann, so gewinnt auch die Polizeibehörde an Ansehen, wenn sie es nicht nötig hat, wegen einer Polizeiübertretung Strafanzeige zu erstatten, sondern in der Lage ist, selbst eine Strafverfügung zu erlassen.

Fragen wir nunmehr rückschauend, wie es mit der Trennung der Gewalten im geltenden Rechte steht, so müssen wir bekennen, daß sie nur im großen und ganzen durchgeführt ist, vielleicht am reinsten in der Justiz, am wenigsten rein sicher in der Verwaltung. Dadurch erhalten wir einen organisatorischen Begriff von der Verwaltung, der sich mit dem gegenständlichen nicht deckt. Im organisatorischen Sinne ist Verwaltung soviel wie Tätigkeit der Verwaltungsbehörden oder, in verneinender Ausdrucksform, Tätigkeit des Staats oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von Gesetzgebung und Justiz. Die dem Völkerrecht, Bundes- und sonstigen Regierungsrecht angehörige Staatstätigkeit ist auch hier stillschweigend ausgenommen. Ob das Wort, wenn es in Gesetzen vorkommt, in dem einen oder dem anderen Sinne gemeint ist, bedarf immer einer sorgfältigen Einzeluntersuchung. Im mehrfach erwähnten § 4 EG. GVG. hat das Wort einen gegenständlichen Sinn. Den Landesgesetzen ist es keineswegs verwehrt, Sachen, die bisher von den Verwaltungsbehörden bearbeitet wurden, den ordentlichen Gerichten zu übertragen; verboten ist nur die Übertragung von „Gegenständen der Verwaltung", also von Verwaltungstätigkeiten, die es ihrem Wesen nach sind. Auch bei der Frage, ob ein Gericht ein nach § 13 GVG. ohne Einschränkung gestattetes „Verwaltungs"-Gericht oder ein nach §§ 13, 14 der besonderen reichsrechtlichen Zulassung bedürftiges, auch sonst anderen Regeln unterworfenes Sondergericht ist[2], muß das Wort „Verwaltung" gegenständlich gedeutet werden. Dagegen bedeutet der Ausdruck „vollziehende Gewalt", der heute in Ausnahmeverordnungen des Reichspräsidenten vorkommt[3] und in diesem Zusammenhange aus dem preußischen Gesetze über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 § 4 stammt, soviel wie „Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden". Als daher im Winter 1917/18 die Frage entstand, ob der Militärbefehlshaber eine Verordnung erlassen durfte, die die Hauseigentümer zur Beseitigung des vor ihren Häusern liegenden Schnees verpflichtete, war die Frage zu bejahen[4]. Ein Verwaltungsakt im gegen-

---

[1] Berüchtigtes Beispiel die AbgeltungserweiterungsVO. v. 24. Okt. 23 (RGBl. I S. 1010).

[2] Z. B. Marquardt Rechtlicher Charakter des Reichswirtschaftsgerichts, JW. 1923 S. 225; Waldecker Zehn Jahre Reichswirtschaftsgericht, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 232ff., 243.

[3] Vgl. z. B. § $2^{I}$ VO. v. 26. Sept. 23 (RGBl. I S. 905).

[4] Vgl. hierüber Bornhak im PrVerwBl. 39 (1918) S. 155f.; ferner Markull Verwaltung und vollziehende Gewalt nach preußischem Rechte, VerwArch. 26 (1918) S. 33ff.; RG. III 14. Jan. 1915, RGSt. 49, 1ff.; Hofacker in WürttJ. 29 (1920) S. 185ff.

ständlichen Sinne war die Verordnung allerdings nicht, denn sie richtete sich an eine unbestimmte Vielheit von Personen, auch enthielt sie ein Gebot, kein bloßes Verbot, zu dessen Erlaß der Militärbefehlshaber kraft ausdrücklicher Ermächtigung im § 9b des Gesetzes befugt gewesen wäre. Aber auf den Militärbefehlshaber waren alle Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden übergegangen, auch die der städtischen Kollegien, durch Ortsstatut die Schneeschaufelungspflicht auf die Anlieger abzuwälzen (pr. G. v. 1. Juli 1912 § 5). Als Inhaber der gesamten Verwaltungsgewalt im organisatorischen Sinne konnte er also die Verordnung erlassen.

Der folgenden Darstellung wird der organisatorische Begriff der Verwaltung zugrunde gelegt, namentlich wird im Polizeirecht der Polizeiverordnungen in gleicher Weise gedacht werden wie der Polizeiverfügungen. Berührungspunkte mit den beiden anderen Staatsgewalten, namentlich der Justiz, bleiben daneben genug übrig.

Wird also die Verwaltung im organisatorischen Sinne genommen, so liegt es nahe zu fragen, welche von den bekannten fünf Verwaltungszweigen uns am meisten beschäftigen werden. Eine gewisse Ordnung in die Mannigfaltigkeit der Staatstätigkeiten bringt die klassische Fünfzahl der Ministerien, die man in Staaten mittlerer Größe anzutreffen pflegt, und die auch dort noch den Überblick erleichtern, wo mehrere Ministerien zusammengelegt sind oder sich neue Ministerien von einem älteren abgezweigt haben, z. B. das Arbeits-, Wirtschafts-, Handels-, Landwirtschafts-, Unterrichtsministerium vom Ministerium des Innern. Von jenen fünf Verwaltungszweigen scheidet die auswärtige Verwaltung aus bereits dargelegten Gründen aus, das Justizministerium mit den ihm unterstellten ordentlichen Gerichten bietet geringes Interesse, ebenso die mit dem Bürger kaum in Berührung kommende Heeres- und Marineverwaltung. Von der Finanzverwaltung kann das Steuerrecht nur kurz umrissen werden, da dies Rechtsgebiet sich zu einer besonderen Wissenschaft entwickelt, daher auch in dieser Enzyklopädie eine besondere Bearbeitung gefunden hat. So muß der Schwerpunkt auf der inneren Verwaltung im weitesten Sinne liegen. Im Beamtenrecht allerdings, das den besonderen Teil unserer Darstellung einleiten wird, treffen alle Verwaltungszweige zusammen.

### III. Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung.

Nach der Abgrenzung der drei MONTESQUIEUschen Staatsgewalten fragt es sich noch, ob und welche Beziehungen zwischen ihnen bestehen. Dabei ist das Verhältnis zwischen Gesetzgebung einerseits und Justiz und Verwaltung andrerseits unzweifelhaft das der Über- und Unterordnung. Wenn selbst die unabhängigen Richter „dem Gesetz unterworfen“ sind (RV. Art. 102), gilt dies ohne weiteres auch für die Verwaltungsbeamten. Dabei sei auf die Frage der richterlichen Prüfung eines Gesetzes auf Verfassungsmäßigkeit nicht eingegangen, da sie besser dem Staatsrecht vorbehalten bleibt. Die Prüfung eines Landesgesetzes auf Reichsrechtmäßigkeit steht dem Richter und den mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Behörden sicher zu (RV. Art. 13), der Verwaltungsbeamte muß es kraft seiner dienstlichen Abhängigkeit als gültig hinnehmen[1], bis ihm die vorgesetzte Behörde die Prüfung gestattet, nur der Minister steht dem Gesetze ähnlich frei gegenüber wie der Richter, allerdings bei Gefahr eines Mißtrauensvotums von Seiten des Landtags.

Für das Verhältnis der Justiz und Verwaltung untereinander gilt der Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit, der dreierlei bedeutet: Fernsein einer

---

[1] Vgl. z. B. § 72 bay. Verf., der nur die Prüfungsbefugnis der „mit der Rechtspflege betrauten Behörden“ anerkennt.

jeden Befehlsbefugnis der einen Staatsgewalt über die andere, Unaufhebbarkeit der Akte der einen Gewalt durch die andere, gegenseitige Anerkennung der von der anderen Gewalt erlassenen Akte.

**1. Fernsein von Befehlsbefugnissen.** Weder können die Gerichte den Verwaltungsbehörden, noch können die Verwaltungsbehörden den Gerichten Befehle erteilen. Jenes „Nur-dem-Gesetze-Unterworfensein" der Gerichte nach RV. Art. 102 bedeutet gerade Unabhängigkeit der Gerichte von der Verwaltung.

Rein äußerlich kommt die gegenseitige Unabhängigkeit darin zum Ausdruck, daß Gerichte und Verwaltungsbehörden in der Form des „Ersuchens" miteinander verkehren. Es wäre ein grober Verstoß gegen die Höflichkeit, wenn das Landgericht dem Regierungspräsidenten oder der Regierungspräsident dem Landgericht ein Aktenbündel „zur alsbaldigen Erledigung" oder „zum Bericht innerhalb dreier Wochen" übersenden wollte. Ob beide Arten von Behörden immer verpflichtet sind, dem Ersuchen der anderen Folge zu leisten, ob also zwischen Reichsbehörden untereinander, preußischen Behörden untereinander eine allgemeine Amtshilfepflicht besteht, ist bestritten[1], aber unabhängig von einer ausdrücklichen Regelung aus dem Gedanken heraus zu bejahen, daß beide Gewalten trotz ihrer Trennung Teile desselben einheitlichen Staates sind. So bestimmt denn auch § 36 der für Schleswig-Holstein erlassenen Verordnung über die Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung vom 26. Juni 1867: „Die Gerichte und Verwaltungsbehörden haben sich bei Erledigung der ihnen obliegenden Geschäfte innerhalb ihres Ressorts gegenseitige Unterstützung zu leisten", obgleich nach § 1 die Rechtspflege von der Verwaltung „völlig getrennt" wird.

Verfassungsmäßig festgelegt ist der Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit nur zugunsten der Justiz. Behörden und Beamte der Verwaltung können daher ohne Verfassungsverletzung den Gerichten unterstellt werden. So überläßt es § 189 StPO. der Landesgesetzgebung, ob die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes vom Untersuchungsrichter „ersucht" werden oder ob sie von ihm „Aufträge" erhalten sollen[2].

Auch die Unabhängigkeit der Justiz von Befehlen der Verwaltung scheint mehrfach durchbrochen zu sein, doch erweisen sich die scheinbaren Ausnahmen nicht als wirkliche Durchbrechungen.

Die Gerichte haben die von den Verwaltungsbehörden erlassenen Verordnungen anzuwenden, die Polizeiverordnungen vor allen Dingen. Also, könnte man sagen, stehen die Gerichte doch unter den Befehlen der Verwaltung, wenn auch nur unter den in der Form eines Rechtssatzes ergangenen. In Wirklichkeit unterstehen die Gerichte nur dem Gesetze, das die Ermächtigung zum Erlasse von Verordnungen enthält; denn sie dürfen unbestrittenermaßen die anzuwendende Verordnung auf ihre Übereinstimmung mit der gesetzlichen Ermächtigung prüfen und beim Fehlen der Übereinstimmung als nicht vorhanden betrachten. Das ist dann aber keine Unterworfenheit unter die Verordnung mehr.

Die Gerichte unterstehen in beschränktem Umfange den Dienstbefehlen des Justizministers. Aber der Justizminister kann nur in Justizverwaltungsangelegenheiten befehlen, etwa über die Annahme von Justizanwärtern, die bei Aufbewahrung der Akten innezuhaltende Ordnung, aber nie in Angelegenheiten der Rechtsprechung. Wenn hier der Justizminister überhaupt befehlen kann, kann er es nur gegenüber der Staatsanwaltschaft.

Die Gerichte sind endlich der Erhebung des Kompetenzkonflikts seitens einer Verwaltungsbehörde ausgesetzt, einer später genauer zu er-

---

[1] Vgl. FRIEDRICHS u. a. Art. „Amtshilfe" imWStVR. I; KORMANN im JahrbÖffR. VII 1913 S. 12; MAUS in AnnDR. 1914 S. 241ff., 451ff.; LÖWENTHAL im RVerwBl. 50 (1929) S. 11 ff.

[2] Vgl. LÖWE-ROSENBERG StPO.[18] 1929 § 189 N. 2, § 161 N. 4.

örternden Einrichtung[1], die das anhängige Verfahren unterbricht und das Gericht zwingt, fernere Amtshandlungen in der Sache selbst zu unterlassen. Aber auch der Kompetenzkonflikt berührt die Unabhängigkeit der Gerichte nicht. Seine Erhebung gleicht viel mehr dem Eintritt einer neuen Partei in das schwebende Verfahren als einem Befehle an das erkennende Gericht. Denn über die Frage, ob die Verwaltungsbehörde den Kompetenzkonflikt erheben konnte, entscheidet das Gericht vorab mit richterlicher Unabhängigkeit[2].

**2. Gegenseitige Unaufhebbarkeit der Justiz- und Verwaltungsakte.** Auch der Grundsatz, daß kein Gericht einen Verwaltungsakt und keine Verwaltungsbehörde einen Justizakt aufheben kann, gilt gegenüber der Verwaltung unbedingt. Die Begnadigung bildet keine Ausnahme von der Regel. Denn die Begnadigung beseitigt nicht das Urteil, sondern nur einen Teil seiner Folgen. Wenn z. B. die Gewerbeordnung im § 57 die Versagung des Wandergewerbescheins vorschreibt, falls der Gewerbetreibende wegen Landfriedensbruchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten bestraft worden ist, so muß ihm der Wandergewerbeschein auch nach seiner Begnadigung versagt werden[3]. Am zwanglosesten ist die Auffassung der Begnadigung als eines Verzichts des Staates auf seinen Strafanspruch, nicht als eines Befehls[4]. Ebensowenig wird die Regel durchbrochen, wenn in der neuesten Zeit die Ortspolizeibehörde sich des Mieters annimmt, gegen den ein rechtskräftiges Räumungsurteil vorliegt, und ihn wegen Obdachlosigkeit in dieselbe Wohnung weist, aus der ihn der Gerichtsvollzieher heraussetzen will[5]. Denn das Räumungsurteil schafft Recht nur zwischen Vermieter und Mieter, nicht auch gegenüber dem Staat. Der Staat aber hat die Pflicht, sich des Obdachlosen anzunehmen, und es ist nur ein Zufall, daß er ihm dieselbe Wohnung zuweist, in der er sich bisher befand.

Dagegen ist der Grundsatz zugunsten der Justiz mehrfach durchbrochen. Dies hängt damit zusammen, daß der Rechtsschutz des einzelnen gegenüber der Verwaltung von den ordentlichen Gerichten besorgt wurde zu einer Zeit, als es noch keine oder keine vollwertige Verwaltungsgerichtsbarkeit gab, und daß man an diesem einmal eingebürgerten Zustande festhielt, ja ihn teilweise sogar zum Verfassungssatze erhob. So kann die Polizeibehörde Strafverfügungen, die Finanzbehörde Strafbescheide erlassen, aber gegen beide Akte kann der Betroffene den Strafrichter anrufen (StPO. §§ 413, 419, AO. § 412). Über die Höhe des einem Beamten zustehenden Gehalts entscheidet im Streitfalle zunächst die zuständige Verwaltungsbehörde, ebenso über die bei der Enteignung eines Grundstückes zu zahlende Entschädigung, aber beides sind nur Vorbescheide, die bei rechtzeitiger Erhebung der Klage von den ordentlichen Gerichten außer Kraft gesetzt werden können (RV. Art. 129, 153). Ja, der bereits mehrfach erwähnte § 13 GVG. enthält sogar eine allgemeine Ermächtigung an die Länder, den ordentlichen Gerichten jede andere Streitigkeit, also auch die über die Aufhebung von Verwaltungsakten, als bürgerliche Streitigkeit zu übertragen. In Hamburg und Bremen war bis vor kurzem diese sog. justizstaatliche Regelung des Rechtsschutzes besonders kräftig entwickelt, in Braunschweig und Lübeck besteht sie heute noch in erheblichem Umfang trotz Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, auch sonst

---

[1] Vgl. unten § 3 IV 4.

[2] Vgl. hierüber OPPENHOFF Ressortverhältnisse² 1904 S. 484f., ferner RG. VerZS. 22. Mai 01, RGZ. 48, 195ff.

[3] Vgl. BraunschwVGH. 17. Mai 22, BraunschwZ. 69 (1924) Beil. S. 9f.; BayVGH. 20. Juni 19, Reger 40 S. 33.

[4] Vgl. G. JELLINEK System² 1905 S. 333.

[5] Vgl. LEHMANN Polizeiliche Einweisung in die Altwohnung bei Räumungsklage, PrVerwBl. 46 (1925) S. 561f.; OldOVG. 6. März 22, OldZ. 49 (1922) S. 17ff.; KERSTEN in BadVerwZ. 1926 S. 45ff. Vgl. auch PrOVG. 2. Dez. 29, RVerwBl. 51 (1929) S. 419f.

findet man sie in wichtigen Angelegenheiten, so bei den Streitigkeiten über Stempelsteuern[1].

**3. Gegenseitige Anerkennung der von der andern Gewalt erlassenen Akte.** Eine mildere Form, sich über die Akte der andern Gewalt hinwegzusetzen, wäre deren einfache Nichtbeachtung. Aber auch dies ist grundsätzlich nicht gestattet. Die Gerichte müssen einen Verwaltungsakt, die Verwaltungsbehörden ein gerichtliches Urteil selbst dann zur Grundlage ihrer Entschließungen machen, wenn sie überzeugt sind, daß sich der andere Teil geirrt, daß er seinen Akt unter Verkennung der Sach- oder der Rechtslage erlassen hat[2]. Man hat die Pflicht der Behörden, ihre Akte gegenseitig als eine gegebene Tatsache, als Tatbestand hinzunehmen, die „Tatbestandswirkung" der Justiz- und Verwaltungsakte genannt[3]. So wurde während des Krieges ein Feldwebelleutnant wegen Herbeiführung einer Falschbeurkundung angeklagt, weil er bei Aufstellung der Kriegsrangliste erklärte, er sei Feldwebelleutnant, obgleich er die Ernennung zum Feldwebelleutnant dadurch herbeigeführt hatte, daß er als Vizefeldwebel bei der Truppe eingetreten war, während er in Wirklichkeit früher degradiert worden, also Gemeiner war. Er mußte von der Anklage freigesprochen werden, weil er nun einmal durch die, wenn auch irrige, Ernennung Feldwebelleutnant geworden war und es dem Gerichte nicht zustand, den Verwaltungsakt der Ernennung einfach als nicht geschehen zu betrachten[4]. Nach § $53^{II}$ GewO. kann einer der bürgerlichen Ehrenrechte verlustig erklärten Hebamme auf dem Verwaltungswege das Hebammenzeugnis entzogen werden; sie wird hierbei mit dem Einwand, das Strafurteil sei zu Unrecht ergangen, nicht gehört[5]. Auch die Weigerung zur Vornahme eines Verwaltungsaktes bindet das Gericht. Ein wegen verbotener Ausfuhr Angeklagter kann nicht geltend machen, ihm sei die Ausfuhrbewilligung zu Unrecht versagt worden[6].

Die Regel ermöglicht die Lösung einer in neuester Zeit aufgetauchten Streitfrage des Beamtenrechts. Das Reichsbeamtengesetz vom 17. Mai 1907 bestimmt, ähnlich wie die Beamtengesetze der Länder, daß zwar für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus ihrem Dienstverhältnis der Rechtsweg offen stehe, daß aber die Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Reichsbeamter aus seinem Amte zu entfernen, einstweilig oder endgültig in den Ruhestand zu versetzen oder vorläufig seines Dienstes zu entheben sei, für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend seien (§§ 149, 155). RV. Art. $129^{I}$ dagegen hält für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten den Rechtsweg ohne Einschränkung offen. Sind damit die Bindungen des RBG. und der entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften außer Kraft gesetzt worden? Sie wären es sicher, wenn sie eine Regelwidrigkeit darstellten, wenn es also ohne sie selbstverständlich wäre, daß sich der Richter über die genannten Verwaltungsakte hinwegsetzen, also z. B. eine auf dem Disziplinarwege ausgesprochene Entlassung überprüfen darf.

---

[1] Vgl. z. B. preuß. Stempelsteuergesetz v. 27. Okt. 24 § 26.

[2] Bedenklich daher RG. VII 13. Mai 30, RGZ. 129, 1ff. (zu § $69^{II}$ VersAufsG.), mangelhafter Rechtsschutz (vgl. unten § 11 II 1) lag kaum vor. Den Grundsatz betont jetzt gut § 1a VersAufsG. (G. v. 30. März 31).

[3] Vgl. Stein Grenzen und Beziehungen S. 94ff. Der Ausdruck geht zurück auf Wach Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts I 1885 S. 626.

[4] Vgl. über einen ähnlichen Fall Wolffhügel im ArchMilRecht. 6 (1916) S. 381f. Der Grundsatz gilt auch im Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht: PrOVG. 25. April 18, 8. Febr. 23, 9. Okt. 24, Entsch. 74, 172ff.; 78, 365ff.; 79, 106ff.; DanzOVG. 9. Nov. 29, DanzJMschr. 9 (1930) S. 109f.

[5] PrOVG. 26. Jan. 22, Entsch. 77, 435ff. Vgl. auch BayVGH. 16. Jan. 28, Samml. 49, 1ff., dazu Hess, BayFürsBl. 3 (1928) Sp. 107f., 160ff. (Vormundschaftsgericht und Fürsorgeverband); RFinH. 29. Jan. 30, DJZ. 1930 Sp. 901f. (Zivilurteil und Finanzbehörde).

[6] OLG. Dresden 12. Dez. 23, SächsThürArchR. 1 (1924) S. 30ff.

In Wirklichkeit ist das Gegenteil selbstverständlich[1], in Wirklichkeit ist § 155 RBG. eine Vorschrift zugunsten des Beamten, die besagt, daß nur die ausdrücklich aufgeführten Akte der richterlichen Nachprüfung entzogen sind[2], andere aber, wie die Entlassung auf Antrag oder die bei Kündigungsbeamten vorgesehene Kündigung, nicht. Daher gilt die Vorschrift auch heute noch[3]. Es wäre auch merkwürdig, wenn es z. B. dem Landgericht gestattet sein sollte, sich über die vom Reichsdisziplinarhof ausgesprochene Entlassung eines Reichsbeamten hinwegzusetzen, vom Reichsdisziplinarhof, der beim Reichsgericht errichtet ist und von dem der Präsident und zwei Mitglieder zu den Mitgliedern des Reichsgerichts gehören (RBG. § 91).

Die Regel der gegenseitigen Bindung von Justiz und Verwaltung ist aber mit zwei wichtigen Einschränkungen zu verstehen.

Nicht anerkannt zu werden brauchen die mit ungewöhnlich schweren Fehlern behafteten und daher rechtsunwirksamen Akte. Es ist hier noch nicht der Ort zu zeigen, welche Fehler als so schwerwiegend gelten, daß sie zur Unbeachtlichkeit eines Urteils oder eines Verwaltungsakts führen[4]. Sie kommen vor, wenn auch selten, bei gerichtlichen Urteilen noch seltener als bei Verwaltungsakten. So wurde einmal ein preußischer Regierungsrat vom Minister des Innern, statt vom Finanzminister vorläufig seines Amtes enthoben; bei dieser Gelegenheit ordnete der Minister des Innern die an sich zulässige Maßnahme an, daß die Hälfte des dem Regierungsrat zustehenden Diensteinkommens vorläufig einzubehalten sei. Das Reichsgericht erklärte die Gehaltskürzung für unbeachtlich, da sie vom unzuständigen Minister angeordnet war[5].

Eine zweite Milderung erfährt der Grundsatz dadurch, daß nur der Akt selbst, in seinem entscheidenden Teile, anerkannt werden muß, nicht aber die Richtigkeit der dem Akte vorangehenden Erwägungen. Wenn das Reichsgericht das Strafurteil eines Geschworenengerichts bestätigt und die Bemängelung der Revision, es habe ein ausländischer Geschworener mitgewirkt, zurückweist, so hat es sicher die Staatsangehörigkeit jenes Geschworenen geprüft und sich für dessen deutsche Staatsangehörigkeit entschieden. Trotzdem ist für die Verwaltung bindend nur das Strafurteil selbst, etwa für die Frage, ob dem Verurteilten eine Gewerbegenehmigung entzogen werden kann, und nicht die Feststellung der Staatsangehörigkeit des Geschworenen. Entsteht also später einmal für die Finanzbehörden die Frage, ob der damalige Geschworene als Inländer oder als Ausländer zu besteuern ist, so kann sie anders entschieden werden als seinerzeit vom Reichsgericht. Ebenso ist das Feststellungsurteil zwischen A und B, daß B Eigentümer des streitigen Grundstücks sei, auch für das Finanzamt oder die Ortspolizeibehörde maßgebend. Wenn nicht etwa ein dritter Bewerber auftritt, muß von nun an bei der Veranlagung zur Vermögensteuer, bei Geltendmachung der Pflicht zur Erhaltung des Grundstücks in polizeimäßigem Zustand B, und nicht A, als Eigentümer des Grundstücks angesehen werden. Aber bei Beantwortung der Frage, wer vor Rechtskraft des Urteils Eigentümer war, sind die Verwaltungsbehörden frei, namentlich kann das Finanzamt erklären, das gerichtliche Urteil habe die Eigentumsverhältnisse geändert und bedeute daher einen steuerpflichtigen Eigentumsübergang[6]. Das gleiche gilt auch von den Verwaltungsakten. Bei Erteilung einer Aufnahmeurkunde (RGes. v. 22. Juli 1913 § 7) geht der Regierungspräsident gesetzesnotwendig von der

---

[1] RG. III 8. Juli 24, RGZ. 108, 345ff. Vgl. auch RG. III 10. Jan. 28, JW. 1928 S. 1042f.

[2] Vgl. HansOLG. 18. Juni 24, HansRZ. 1924 Sp. 790ff.

[3] RG. III 8. Juli 24, a. a. O.; OLG. Jena 24. Nov. 25, SächsThürArchR. 4 (1927) S. 55ff.; A. Möller im BeamtJahrb. 1928 S. 478. — Andr. Ans., doch mit wichtigen Einschränkungen, Eickel im BeamtJahrb. 1924 S. 186ff.

[4] Näheres unten § 11 IV 1, § 16 IV 6d.

[5] RG. III 23. Jan. 25, RGZ. 110, 103ff

[6] Richtig LFinAmt. Leipzig 17. Okt. 28, SächsThürArchR. 6 (1929) S. 306ff.

Voraussetzung aus, daß der in den preußischen Staatsverband Aufzunehmende schon irgendeine deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Trotzdem bindet den etwa über die Gültigkeit eines früheren Grundstückserwerbs entscheidenden Richter nur die Verleihung der preußischen Staatsangehörigkeit selbst, nicht die Annahme einer daneben schon früher vorhanden gewesenen außerpreußischen Staatsangehörigkeit. Nur so erklärt es sich auch ohne Schwierigkeit, daß bei Geltendmachung der Amtshaftung nach RV. Art. 131 das Gericht den Staat zum Schadensersatze verurteilen darf, selbst wenn die schädigende Amtshandlung unanfechtbar dasteht. Denn wenn ich z. B. behaupte, mir sei durch schuldhafte Beschlagnahme meiner Vorräte ein Schaden entstanden, so verlange ich vom Gericht nicht, daß es die Beschlagnahme als nicht vorhanden ansieht, sondern nur, daß es die der Beschlagnahme vorangegangenen Erwägungen der Verwaltungsbehörde nachprüft, und dies darf das Gericht ohne Verstoß gegen den Trennungsgedanken tun.

Hiernach müßte an sich auch eine viel erörterte Frage, wieder des Beamtenrechts, entschieden werden, ob nämlich das gegen einen Beamten erlassene, verurteilende Strafurteil die Disziplinarbehörden bindet oder nicht. Steht, wenn ein Beamter wegen einer Schlägerei rechtskräftig verurteilt worden ist, für die über Strafversetzung oder Dienstentlassung erkennende Disziplinarkammer unüberprüfbar fest, daß der Beamte die Tat begangen hat, oder muß der Beamte mit der Behauptung gehört werden, er sei zu Unrecht verurteilt worden? Der Fall liegt hier anders als bei dem früher erwähnten der Entziehung des Hebammenzeugnisses wegen Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte. Denn die GewO. knüpft die Entziehung des Zeugnisses an die bloße Tatsache der Bestrafung (Tatbestandswirkung), während es sich hier fragt, ob die Bestrafung des Beamten außerdem die bindende Feststellung enthält, daß er die Tat auch wirklich schuldhaft rechtswidrig begangen hat (Feststellungswirkung)[1]. Die Frage müßte an sich verneint werden[2], da die Bejahung der strafbaren Handlung zwar zu den notwendigen gedanklichen Voraussetzungen des verurteilenden Strafurteils gehört, aber nicht zum Kerne des Urteils selbst. Beim früheren schwurgerichtlichen Verfahren, als die Geschworenen noch getrennt von den Berufsrichtern die an sie gerichtete Schuldfrage bejahten oder verneinten, zeigte sich ganz deutlich, daß die Feststellung, ob schuldig oder nichtschuldig, eine Vorfrage des Strafurteils war. Wenn wir trotzdem der entgegengesetzten Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs, des preußischen OVG. und anderer Gerichte[3] beipflichten, so geschieht dies mit Rücksicht auf eine wohl unbeachtete Bestimmung unseres StGB. Ist nämlich bei der üblen Nachrede „die behauptete oder verbreitete Tatsache eine strafbare Handlung, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist" (§ 190). Das Gesetz selbst also legt dem Strafurteil eine die Tat feststellende Wirkung bei. Es wäre schwer einzusehen, warum diese Feststellung nur für die private üble Nachrede gelten sollte, nicht auch für die amtliche in Gestalt der Eröffnung und Durchführung des Disziplinarverfahrens. Gegen die Anschuldigungen Privater könnte sich der Beamte nicht zur Wehr setzen, auch wenn sie noch so oft wiederholt würden, dem Staate gegenüber aber könnte er die Richtigkeit des Strafurteils jederzeit anzweifeln. Ein solcher Zustand ist unmöglich. Mit der Bindung der Disziplinarbehörden an die im Strafurteil liegenden

---

[1] Über diese Unterscheidung vgl. KORMANN im JahrbÖffR. VII 1913 S. 13ff.

[2] So Reichsdisziplinarkammer Schleswig 29. Juni 23, JW. 1925 S. 1052f., unter Billigung J. GOLDSCHMIDTs in der Anmerkung dazu.

[3] SCHULZE-SIMONS Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs 1926 S. 346ff.; PrOVG. 20. Apr. 28, Entsch. 83, 449ff.; SächsOVG. 4. Juli 23, Jahrb. 27, 290f.; HessVGH. 5. Juni 20, Entsch. 5, 85ff.; DanzOVG. 19. Okt. 27, DanzJMschr. 6 (1927) S. 127. — Über den neuesten Stand der Meinungen SCHMID in WürttZ. 69 (1927) S. 25ff.

Feststellungen hat es also schon seine Richtigkeit, wenn wir uns nur bewußt bleiben, daß sie die Ausnahme von einer Regel bildet.

## § 2. Fortsetzung. Öffentliche und fiskalische, freie und gebundene Verwaltung.

W. Schelcher Öffentliche Gewalt und öffentliche Verwaltung, FischersZ. 35 (1909) S. 1ff., auch EisenbE. 25 (1909) S. 342ff., 435ff.; Oermann Die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt" und „Staatshoheitsverwaltung" in den verschiedenen Zweigen des öffentlichen Rechts, Münst. Diss. 1929; Friedrichs Das Recht der öffentlichen Gewalt 1930; H. Peters im VerwArch. 35 (1930) S. 346f. — Otto Mayer I S. 118ff.; Fleiner S. 120ff., 136f.; derselbe Zur Technik des Verwaltungsrechts, Festg. d. R.- u. StW.Fak. d. Un. Zürich zum Schweiz. Juristentag 1928 S. 3ff.; Hatschek S. 39ff.; derselbe Die rechtliche Stellung des Fiskus 1899, auch VerwArch. 7 (1899) S. 424ff.; derselbe Art. „Fiskus" im WStVR. I; Chr. Behr Vom Rechte des Fiskus, ArchÖffR. 38 (1918) S. 288ff.; derselbe Öffentlicher Grund und Staatsgrund im hamburgischen Verwaltungsrecht, HansRGZ. A 13 (1930) Sp. 135ff.; Friedrichs Vom Fiskus, PrVerwBl. 41 (1920) S. 489ff., 514ff.; Stier-Somlo Art. „Fiskus" im HWBRW. II; Rühl Art. „Fiskus" im RvglHW. III 1930. — Köttgen Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht 1928; derselbe im JahrbÖffR. 18 (1930) S. 74ff. Über den gleichen Gegenstand L. Richter u. Köttgen in VStaatsRL. 6 (1929) S. 69ff., 105ff., Sigloch (1929), Boelsen (1929), A. Bergmann (1929), Jürg. Brandt (1929), Jarres in „Der Städtetag" 23 (1929) Sp. 1242ff., Morstein Marx HansRGZ. A 1929 Sp. 587ff., Niemann ebenda 1930 Sp. 499ff., Stritzke BayVerwBl. 78 (1930) S. 33ff., 54ff. Vgl. auch die unten S. 524 angegebenen Schriften über die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. — Biermann Die Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zum Vorteil der Allgemeinheit, Festschr. f. Gierke 1911 S. 89ff.; Busch Kann die eigene Gemeinde zu den Gemeindesteuern herangezogen werden? RVerwBl. 49 (1928) S. 453ff.

Otto Mayer I S. 159ff.; Fleiner S. 141ff., 257ff.; Hatschek S. 362, 424; Herrnritt S. 291ff.; Merkl S. 140ff.; Nawiasky Bay. Verfassungsrecht 1923 S. 388ff. — Bernatzik Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886 S. 36ff.; Tezner Zur Lehre von dem freien Ermessen 1888; derselbe in GrünhutsZ. 19 (1892) S. 327ff.; derselbe Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden (Wiener staatsw. Studien) 1924; v. Laun Das freie Ermessen und seine Grenzen 1910; W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913, dort S. 2f. weitere, bis 1912 reichende Schriftenangabe; O. Bühler Die subjektiven öffentlichen Rechte 1914 S. 21ff., 162ff., dazu meine Bespr. im ArchÖffR. 32 (1914) S. 580ff.; v. Verdross in ÖZÖffR. 1 (1914) S. 616ff.; Popitz Rechtsfragen und Ermessensfragen im Schulunterhaltungsrechte, PrVolksschulArch. 15 (1916) S. 1ff.; Dyroff Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz⁵ 1917 S. 502ff.; Schoen Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 27 (1919) S. 85ff.; v. Morhart in BlAdmPr. 71 (1921) S. 65ff.; Körner in ZVerw. 56 (1923) S. 22ff., 122ff.; Friedrichs Werturteile, FischersZ. 56 (1924) S. 149ff.; W. Jellinek Schutz des öff. Rechts, VStaatsRL. 2 (1925) S. 63ff.; A. Hensel Die Abänderung des Steuertatbestandes durch freies Ermessen, VJSchrSteuFinR. 1 (1927) S. 39ff.; E. Walz Grenzen des freien Ermessens bei Handhabung der Staatsaufsicht, DJZ. 1927 Sp. 1649ff.; Scheuner Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, VerwArch. 33 (1928) S. 68ff.; Plappert Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für Art. 13 WürttVRPflG. 1929; Drost Das Ermessen des Strafrichters 1930.

Bestimmungen einzelner Gesetze nötigen zu mannigfachen Einteilungen der Verwaltung. So kann für Zuständigkeitsfragen die Heraushebung der laufenden aus der übrigen Verwaltung von Bedeutung sein[1]. Am wichtigsten für die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts aber ist die Einteilung der Verwaltung in öffentliche und fiskalische und die in freie und gebundene Verwaltung.

### I. Öffentliche und fiskalische Verwaltung.

**1. Öffentliche Verwaltung,** auch als hoheitliche Verwaltung oder als Hoheitsverwaltung zu bezeichnen, ist jene Verwaltung, die wegen ihres engen

[1] Vgl. z. B. Schultze-Plotzius im RVerwBl. 50 (1929) S. 413f.; G. Loewe Die Verpflichtungserklärungen der Kommunalverbände 1929 S. 18ff.; SächsOVG. 13. Nov. 29 u. 8. Jan. 30, Jahrb. 34, 209ff. u. 215ff.; Pietsch Scheidung zw. eig. u. übertrag. Gemeindeangelegenheiten nach der sächs. GemO. 1930 S. 111ff.

Zusammenhangs mit den Staatsaufgaben von der Rechtsordnung aus dem Rahmen der Verwaltung eines Privaten herausgehoben wird, also mehr ist als bloß fiskalische Verwaltung. Innerhalb ihrer gibt es wieder zwei Stufen: obrigkeitliche Verwaltung und schlichte Hoheitsverwaltung.

a) Obrigkeitliche Verwaltung. Soweit sich in der Verwaltung die dem Staate oder sonstigen Trägern öffentlicher Gewalt eigentümliche Macht betätigt, spricht man von obrigkeitlicher Verwaltung. Das Obrigkeitliche liegt in der Überordnung der öffentlichen Gewalt über den einzelnen. Diese Überordnung ist zunächst nur ein Bild. Rechtlich faßbar wird sie, wenn man sich das Mittel vor Augen führt, dessen sich die obrigkeitliche Verwaltung zur Durchführung ihrer Zwecke bedient. Dies Mittel aber ist der im Vergleich zu privaten Willensäußerungen mit größerer Wirkungskraft ausgestattete Verwaltungsakt, äußerstenfalls gepaart mit überwältigender körperlicher Gewalt. Die größere Wirkungskraft des Verwaltungsakts aber besteht in seiner verhältnismäßig starken Unempfindlichkeit gegen eigene Fehlerhaftigkeiten. Ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes privates Rechtsgeschäft ist im Zweifel nichtig (BGB. § 134), ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßender Verwaltungsakt im Zweifel nicht[1]. Der Staat und die ihm gleichstehenden Träger öffentlicher Gewalt haben das große Vorrecht, sich irren zu dürfen[2]. Glaubt ein Privatmann irrtümlicherweise, den steckbrieflich verfolgten ungetreuen Bankbeamten B vor sich zu haben, und nimmt er ihn fest, so kann sich der Festgenommene ungestraft zur Wehr setzen und den Privatmann zu Boden schlagen; dem im guten Glauben festnehmenden Polizeibeamten dagegen darf B keinen Widerstand leisten. Legt jemand vor Gericht die private Abschrift einer Einbürgerungsurkunde zum Beweise des Erwerbes der preußischen Staatsangehörigkeit vor und wird die Richtigkeit der Abschrift von der andern Partei bestritten, so muß die Richtigkeit der Abschrift der beweisen, der sich auf sie beruft; bei einer öffentlich beglaubigten Abschrift trifft die Beweislast den, der die Richtigkeit der Abschrift bestreitet, die öffentliche Beurkundung begründet also im Gegensatze zur privaten die Vermutung der Richtigkeit (ZPO. § 418). Die öffentliche Urkunde hat, anders als die private, sogar die Vermutung der Echtheit für sich (ZPO. § 437). Wenn ein Arzt dem B schreibt, er setze sein Honorar für ärztliche Bemühungen auf 1000 RM fest, und B ist überzeugt, daß der Arzt nichts zu fordern habe, dann kann er den Brief in den Papierkorb werfen. Erhält er dagegen einen Steuerbescheid über 1000 RM vom Finanzamt, so darf er sich nicht bei dem Gedanken beruhigen, das Finanzamt habe sich offenbar bei der Feststellung der zu besteuernden Werte geirrt, sondern muß Einspruch erheben und außerdem vorläufig zahlen. Schon bei Zusendung der Aufforderung zur Abgabe der Steuererklärung wurde ihm deutlich gemacht, daß, wenn sich überhaupt jemand irren dürfe, es der Staat und nicht der Steuerpflichtige sei; denn der Vordruck enthält den Satz: „Die Prüfung, was steuerpflichtig ist und was nicht, steht dem Finanzamt, nicht dem Steuerpflichtigen zu" (AO. § $168^{II}$). Auch beim Wahlrecht zeigt sich die Unempfindlichkeit des Verwaltungsakts gegen Gesetzwidrigkeiten. Der nach gesetzwidriger Wahl zum Stadtverordneten Erklärte ist Stadtverordneter und bleibt es bis zur Ungültigerklärung der Wahl durch die zuständige Behörde.

Die obrigkeitliche Verwaltung wird uns als die dem Staate eigentümliche Verwaltung in erster Linie beschäftigen. Sie ist aber nicht die einzige Art von öffentlicher Verwaltung, für das Wohl und Wehe der Bevölkerung vielleicht nicht einmal die wichtigste.

b) Schlichte Hoheitsverwaltung. Es ist mißlich, einen Begriff verneinend

[1] Näheres im § 11; vgl. ferner W. Jellinek Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 97ff.

[2] Vgl. z. B. PrOVG. 24. Juni 20, PrVerwBl. 42 (1921) S. 66ff.

umschreiben zu müssen. Daher sei die nicht-obrigkeitliche öffentliche Verwaltung als „schlichte Hoheitsverwaltung" bezeichnet. Denn der Ausdruck „gesellschaftliche Verwaltung" oder „soziale Verwaltung", den man für die Fälle vorgeschlagen hat, da der Staat von seiner Höhe herabsteigt, ohne darum Fiskus zu werden[1], kann wegen der Vieldeutigkeit des Wortes „Gesellschaft" und der Sonderbedeutung des Wortes „sozial" leicht mißverstanden werden. Auch die Ausdrücke „Fürsorge" und „Wohlfahrtspflege" sind wegen ihrer Nebenbedeutungen zu vermeiden.

Die Gründe, die Staat oder Gemeinde bewegen können, für das Wohl der Allgemeinheit tätig zu werden, ohne die ihnen eigentümliche Gewalt einzusetzen, können von verschiedenster Art sein. Gewisse Tätigkeiten bringen Staat und Gemeinde überhaupt nicht oder nicht notwendig mit dem Bürger in Berührung, so namentlich Verrichtungen auf dem Gebiete des Bauwesens und der Technik. Ein Oberbürgermeister, der nach einem künstlerisch wohlüberlegten Plane städtische Gebäude errichtet, Grünflächen anlegt, Straßengelände freimacht und der, selbst Techniker oder technisch gut beraten, die Straßen widerstandsfähig, geräuschlos und staubfrei macht, für die Beseitigung des Hausmülls eine neuzeitliche Verbrennungsanlage herstellen läßt, die Wasserkräfte innerhalb oder in der Nähe der Gemeinde in Licht, Kraft und Wärme umsetzt und das städtische Gaswerk zugleich in eine Fernheizanstalt verwandelt, — auch dieser Oberbürgermeister verwaltet, sogar im besten Sinne des Worts, und wenn man ihm später eine Gedenktafel setzt oder eine Straße nach ihm benennt, so wird dies wegen seiner Verdienste um die Schönheit, Gesundheit, Annehmlichkeit und wirtschaftliche Blüte der Stadt geschehen, und nicht wegen der von ihm erlassenen Polizeiverfügungen oder wegen seiner Maßnahmen auf dem Gebiete der Wohnungszwangswirtschaft. Andere Maßnahmen nicht-obrigkeitlicher Art setzen dann ein, wenn man mittels ihrer leichter zum Ziele kommt als durch Geltendmachung der Staatsgewalt. So wird jeder gute Verwaltungsbeamte seine Ehre darin erblicken, sämtliche Gemeinden seines Verwaltungsbezirks mit Wasserleitungen zu versehen; zum Bau einer Wasserleitung zwingen kann er aber die Gemeinden nur in seltenen Fällen; er wird daher in der zögernden Gemeinde eine Versammlung einberufen, namentlich auch die Hausfrauen dazu bitten, und nun durch einen mit Lichtbildern begleiteten Vortrag für die Wasserleitung Stimmung machen. Ebenso werden die Gemeinden vom Staatsministerium „ersucht", den Jugendpflege- und Leibesübungsvereinen unter möglichst günstigen Bedingungen geeignete Plätze und Räume zur Verfügung zu stellen, von den Gemeinden wird „erwartet", daß sie am 11. August flaggen[2]. Die Vertilgung von Kreuzottern könnte vielleicht den Grundstückseigentümern als polizeiliche Verpflichtung einseitig auferlegt werden, aber die Aussetzung einer Prämie von 50 Pfg. für jede getötete Kreuzotter zeitigt möglicherweise bessere Ergebnisse[3]. Vielfach hat die schlichte Hoheitsverwaltung die Aufgabe, die obrigkeitliche zu unterstützen. Trotz aller Straßenpolizeiverordnungen kommen Straßenunfälle vor; die Polizei greift daher zum Mittel der Belehrung durch Wort und Schrift, etwa durch Herausgabe einer für die Schule bestimmten Verkehrsfibel[4]. Arbeitsnachweise, Schlichtungsstellen, Rechtsauskunfts- und Gütestellen haben neben allem andern auch friedenbewahrende Aufgaben. Bei Trunksucht und Bettelei schreitet der Staat nicht nur verbietend und strafend ein, sondern auch fürsorgend und helfend[5]. Dem obrigkeitlichen Akte der Ernennung zum Beamten geht vernünftigerweise eine genaue Prüfung des Anwärters auf seine „optimale" Verwendbarkeit voraus. Die Er-

---

[1] Vgl. G. JELLINEK Allg. Staatslehre[3] 1914 S. 622ff.

[2] Württ. RegBl. 1926 S. 103, meckl.-schw. RegBl. 1926 S. 401.

[3] MinBliV. 1926 Sp. 757, 1927 Sp. 1087, aber auch 1930 Sp. 1021.

[4] TRAMM, BOSE u. a. Verkehrsfibel 1926.

[5] Vgl. z. B. BALDES Kommunale und private Trinkerfürsorge, Stusev. 1926 S. 174ff.

hebung einer Kurtaxe ist obrigkeitliche Verwaltung, aber erst müssen die Fremden da sein; um sie anzulocken, errichtet die Gemeinde oder das Land einen nicht-obrigkeitlichen Fremdenverkehrsrat oder ein gemeindliches Presseamt. Überhaupt ist die geschickte Verwendung der Presse eines der wichtigsten Mittel der Verwaltung für die Durchführung ihrer Pläne[1]. Eine unangenehme Maßnahme, etwa Einführung des Maulkorbzwangs für Hunde, wird kaum mehr auf Widerstand stoßen, wenn sie durch belehrende Zeitungsaufsätze vorbereitet wurde.

Es gehört mit zu der größten Verwaltungskunst, zwischen der obrigkeitlichen und der einfachen Hoheitsverwaltung die richtige Mitte zu halten. Der alte und erfahrene Verwaltungsbeamte wird weniger oft von der Staatsgewalt Gebrauch machen als der junge und unerfahrene. Die Unterscheidung hat aber auch ihre wichtige juristische Bedeutung, namentlich auf dem Gebiete des Beamtenrechts und des Verwaltungsstreitverfahrens. Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts[2] ist ein vom Staate oder einem sonstigen Träger öffentlicher Gewalt Angestellter ein Beamter, wenn er obrigkeitliche Tätigkeiten ausübt, selbst wenn er als Privatangestellter angenommen wurde. Bei der Anstellung eines städtischen Hafenmeisters auf Privatdienstvertrag untersucht also das Gericht, ob die Tätigkeit des Hafenmeisters bei Erteilung von Weisungen und Erlaubnissen an die Kapitäne obrigkeitlicher Natur ist oder nicht, und bejaht demgemäß seine Beamteneigenschaft oder verneint sie. Der Leiter einer Rechtsauskunftsstelle kann von einem Landkreise nur deshalb als Privatangestellter verpflichtet werden, weil seine Tätigkeit keine solche obrigkeitlicher Art ist[3]. Auch bei Geltendmachung der Amtshaftung ist die Feststellung wichtig, ob der schuldige Beamte seine Amtspflicht „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt" verletzt hat oder nicht (RV. Art. 131). Bei einem Telegraphenbauführer z. B., der das Legen von Kabeln beaufsichtigte und dabei die Fürsorge für die Sicherheit des Straßenverkehrs vernachlässigte, wurde das Vorhandensein öffentlicher Gewalt mit Recht verneint, obgleich die Rechtsprechung dazu neigt, unter „öffentlicher Gewalt" mehr zu verstehen als nur obrigkeitliche Betätigungen[4]. Vor allem aber ist die Unterscheidung wichtig für die Frage der Anfechtbarkeit einer Maßnahme vor den Verwaltungsgerichten. Beschlüsse der Selbstverwaltungskörper, polizeiliche Verfügungen und sonstige Verwaltungsakte können durch Klage vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden. Mit Recht aber scheiden die Gerichte hierbei alle Maßnahmen nicht-obrigkeitlicher Natur aus. Gegen die einem Lichtspielbesitzer erteilte Auskunft, daß er nur in beschränktem Umfange geistige Getränke ausschenken dürfe, gegen die Mahnung an einen Verein, seine Satzung einzureichen, da er sich sonst strafbar mache, gibt es ebensowenig ein Rechtsmittel wie gegen die unverbindliche Meinungsäußerung der Polizei, ein bestimmter Weg sei ein öffentlicher Weg[5]. Auch ist das Ersuchen der Stadtverordnetenversammlung an eines ihrer Mitglieder, sein Amt niederzulegen, nicht beanstandungsfähig, ebensowenig das vom Provinziallandtag an die Staatsregierung gerichtete Ersuchen um anderweitige Besetzung des Postens des Oberpräsidenten[6]. Allerdings ist bei Verneinung der obrigkeitlichen Natur

[1] Vgl. Schley Städt. Presseämter, Stusev. 1926 S. 352ff.; Canditt Polizei und Presse 1931.
[2] Vgl. z. B. RG. III 11. Okt. 29, RGZ. 125, 420ff.
[3] RG. III 10. Juni 1922, Gruch. 67 (1925) S. 206ff.
[4] RG. VI 22. Nov. 1917, RGZ. 91, 273ff. Näheres unten S. 322f.
[5] PrOVG. 24. Apr. 24, PrVerwBl. 45 (1924) S. 435; PrOVG. 11. Mai 14, Entsch. 67, 326ff.; PrOVG. 12. Nov. 1925, JW. 1926 S. 1070.
[6] PrOVG. 26. Mai 14, Entsch. 67, 116ff.; 23. Mai 22, Entsch. 77, 108ff. — Vgl. ferner PrOVG. 1. Dez. 25, JW. 1926 S. 2313 (Vertrauensvotum); SächsOVG. 10. Apr. 29 u. 17. Dez. 30, Jahrb. 33, 280f. u. 34, 243ff. (Behördenberichte über einen Privaten, Verwarnung); BadVGH. 7. Nov. 16, BadVerwZ. 1917 S. 36f. (Inaussichtstellen schärferer Überwachung); BadVGH. 8. Juli 13, BadVerwZ. 1913 S. 188f., OldOVG. 6. Jan. 27, OldZ. 54

eines Aktes Vorsicht geboten. Kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift oder kraft rechtsstaatlicher Erwägung können auch Akte, wie die genannten, der Anfechtung unterworfen sein. Nicht ganz einfach liegen die Fälle der zweiten Art, zumal man hier gegen den Strom der Rechtsprechung schwimmen muß. Warnungen können vom Gewarnten nicht angefochten werden, aber auch von dem nicht, vor dem gewarnt wird? Die Polizei warnt das Publikum vor dem Bankgeschäft des A. Solange das Reichsgericht in solchen Fällen die Klage des A gegen den Staat wie gegen einen beliebigen Privatmann zuläßt[1], ist allerdings dem Rechtsschutzgedanken Genüge geschehen. Richtiger ist es aber doch zu sagen: in der Warnung vor A liegt zugleich der Befehl an A, diese Warnung zu dulden, genau wie das Betreten eines Hauses durch einen Polizeibeamten von der Rechtsprechung als ein im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anfechtbarer Duldungsbefehl aufgefaßt wird[2]. Ebenso müßte die Veröffentlichung der amtlichen Milchuntersuchungsergebnisse mit Nennung der Namen der Milchhändler, müßte die polizeiliche Überwachung einer aus der Irrenanstalt entlassenen Person durch Anstellung von Nachforschungen über ihr Verhalten zu den obrigkeitlichen und darum anfechtbaren polizeilichen Verfügungen gerechnet werden[3]. Denn in beiden Fällen greift die Polizei kraft ihrer Amtsgewalt in die Sphäre eines Persönlichkeitsrechtes ein. Daher ist auch die von amtlicher Stelle einem Bürgermeister gegenüber ausgesprochene förmliche Mißbilligung mehr als eine bloß gesellschaftliche Äußerung, sie ist, wenn sie nicht kraft dienstlicher Überordnung im Sinne einer Mahnung ausgesprochen wird[4], eine, obschon unzulässige, Strafe und eröffnet in Ländern mit allgemeiner Anfechtungsklage gerade deshalb den Rechtszug vor den Verwaltungsgerichten[5].

Auch die nicht-obrigkeitliche Hoheitsverwaltung ist öffentliche Verwaltung, auch sie genießt daher den Schutz des Strafgesetzbuchs. Ein Privatmann, der sich als angeblicher Vorsteher des städtischen Wohlfahrtsamtes betätigt, macht sich der Amtsanmaßung schuldig (StGB. § 132), und wer den Beamten der städtischen Rechtsauskunftsstelle durch Drohung verhindert, der Gegenpartei Auskunft zu erteilen, hat eine Anklage wegen Beamtennötigung zu gewärtigen (§ 114).

**2. Fiskalische Verwaltung.** Zeigt der Staat somit auch bei der nicht-obrigkeitlichen Verwaltung noch bisweilen das Antlitz des Herrschers, so kann er noch einen Schritt weiter tun und sich ganz auf den Boden des Privatrechts stellen. Man spricht dann von fiskalischer Verwaltung, obwohl das Wort „Fiskus" in einem weiteren Sinne den Staat als Vermögenssubjekt schlechthin bezeichnet, auch wenn er dem Bürger dabei obrigkeitlich gegenübersteht (Steuerfiskus, Zollfiskus). Für die in Formen des Privatrechts vor sich gehende Verwaltung der sonstigen Träger öffentlicher Gewalt, insbesondere der Gemeinden, gibt es kein besonderes Wort, das Wort „Betriebsverwaltung" ist zu eng, auch sie sei daher in der Bezeichnung „fiskalische Verwaltung" einbegriffen.

Auch der Fiskus als Privatperson hat noch gewisse Vorrechte vor andern Rechtsträgern; so ist er der gesetzliche Erbe, wenn sonst keine Erben vorhanden sind, so ist er allein zur Aneignung eines herrenlosen Grundstücks berechtigt (BGB. §§ 1936, 928$^{\text{II}}$), so genießt er besondere Vorzüge bei der Zwangsvollstreckung gegen

(1927) S. 66ff., und BraunschwVGH. 14. Jan. 14, BraunschwZ. 61 (1914) Beil. S. 4f. (Belehrung).

[1] Vgl. RG. III 26. Nov. 20, RGZ. 101, 24f.

[2] PrOVG. 28. Okt. 10, Entsch. 58, 264ff.

[3] Anders das PrOVG.: 8. Dez. 13, Entsch. 66, 316ff.; 18. Juni 14, Entsch. 67, 321ff. Über die ganze Frage W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung S. 205. Der Gesichtspunkt des Persönlichkeitsrechts gut hervorgehoben vom BraunschwVGH. 12. Mai 26, BraunschwZ. 72 (1926) Beil. S. 12f. (Trunkenbold).

[4] Vgl. SächsOVG. 28. Mai 14, Jahrb. 22, 234ff.

[5] Für Preußen, das auf dem Gebiete der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten noch rückständig ist, vgl. H. Peters S. 136f.; PrOVG. 15. Okt. 26, Entsch. 81, 433ff.

ihn (EG. ZPO. § 15[3])[1]. Aber im großen und ganzen wird er nicht anders behandelt als jeder andere Privatmann.

Die Rechtsregeln für die fiskalische Verwaltung unterscheiden sich von denen der hoheitlichen auf vielen Gebieten, insbesondere was Vertretungsmacht, Haftung, Entstehung der Rechtsverhältnisse und gerichtliches Verfahren anlangt. Aus noch so großer hoheitlicher Machtvollkommenheit folgt noch nichts für die privatrechtliche Vertretungsmacht. Es kann leicht geschehen, daß ein Offizier eine Division befehligt, aber nicht imstande ist, ein fiskalisches Hufeisen zu veräußern. Die Amtshaftung für Übergriffe der öffentlichen Gewalt richtet sich nach RV. Art. 131, die Haftung für fiskalische Versehen nach BGB. §§ 31, 89, 278, 831, eine Erscheinung, auf die später bei Erörterung der Amtshaftung zurückzukommen sein wird[2]. Zur Begründung eines bürgerlichrechtlichen Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft bedarf es im Zweifel eines Vertrags (BGB. § 305), während in der öffentlichen Verwaltung die einseitige Verfügung vorherrscht, ja es sogar einer Untersuchung bedürfen wird, ob es auch im öffentlichen Recht Verträge oder zweiseitige Verwaltungsakte gibt[3]. Gegen den Fiskus kann wie gegen jedermann vor den ordentlichen Gerichten geklagt werden, der hoheitliche Staat nimmt vor den ordentlichen Gerichten nur ausnahmsweise Recht, unter Umständen sogar überhaupt vor keinem Gericht, z. B. in den meisten Ländern bei der Frage der Zulässigkeit einer Enteignung. Wenn der Fiskus von einem Privatmann etwas haben will und erreicht es nicht auf gütlichem Wege, so muß er sich in die Rolle des Klägers bequemen[4]. Der Staat mit obrigkeitlichen Machtbefugnissen hat es besser: er zwingt einseitig und überläßt die Rolle des Klägers dem Bürger.

Diese offenbare Schlechterstellung des Fiskus, namentlich in den drei letzten Fällen, legt die Frage nahe, was für einen Vorteil sich Staat oder Gemeinde davon versprechen, wenn sie mit dem Bürger wie mit ihresgleichen unter den Regeln des Privatrechts verkehren. Ein Vergleich gibt die Antwort. Sie tun es aus dem gleichen Grunde, weshalb ein Offizier unter Umständen lieber in Zivil als in Uniform ausgeht: um in der Bewegungsfreiheit weniger behindert zu sein. So wird es in den seltensten Fällen angehen, einen Grundstückseigentümer durch Verwaltungsakt zu zwingen, ein vom Stadtarchitekten in der äußeren Gestalt genau vorgezeichnetes Haus zu bauen; wenn aber die Stadt rechtzeitig Grund und Boden eines Viertels aufgekauft hat, kann sie bei Veräußerung der einzelnen Grundstücke oder bei Bestellung eines Erbbaurechts an ihnen den Erwerbern die privatrechtliche Verpflichtung auferlegen, so zu bauen, wie der Magistrat es vorschreibt. Namentlich ist die fiskalische Verwaltung innerhalb noch zu erörternder Grenzen frei von den Schranken der Grundrechte. Bei Erteilung einer Ansiedelungsgenehmigung muß der Verwaltungsbehörde das Glaubensbekenntnis der Ansiedler und ihre Muttersprache gleichgültig sein (RV. Art. 136[1], 113, 109[1]). Bei Ansiedelungen auf fiskalischen Grundstücken dagegen darf der Fiskus Unterschiede machen und in der einen Gegend z. B. die Protestanten, in der anderen die Katholiken bevorzugen[5]. Ebenso kann die Verwaltungsbehörde der privaten Leichenbestattungsanstalt

[1] Vgl. Waldecker Die Zwangsvollstreckung gegen die Kommunalverbände in Preußen 1918; H. Peters S. 242ff.; Döring BayGemZ. 1927 Sp. 441ff.; Ascher LeipzZ. 1929 Sp. 809ff.; Schoor PrGemZtg. 23 (1930) S. 698ff.; Boldt RVerwBl. 52 (1931) S. 285ff.; Forsthoff-Simons Die Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts 1931. Über Gemeindekonkurse Fees BadVerwZ. 1929 S. 132f.; Steiniger LeipzZ. 1930 Sp. 1418ff.

[2] Vgl. unten § 14 I 1. [3] Vgl. unten § 11 II 2.

[4] Über Ausnahmen von dieser Regel in der preußischen Forst- und Domänenverwaltung kraft alten Rechts Kasper, JW. 1925 S. 1080ff.

[5] Für die Zulässigkeit einer Dienstbarkeit zugunsten des Staats des Inhalts, daß mit staatlichen Zuschüssen errichtete Landarbeiterwohnungen nur von Deutschstämmigen bewohnt werden dürfen, RG. V 14. Okt. 25, JW. 1926 S. 2844ff. Vgl. auch KG. 29. Juni 08, KGJ. 36 A 216ff.

nicht den Gewerbebetrieb untersagen, da dies gegen die Gewerbefreiheit verstoßen würde (RV. Art. $151^{III}$, GewO. § 1[1]), wohl aber kann die Gemeinde von ihrem Hausrecht Gebrauch machen und den Leuten der Anstalt das Arbeiten auf dem Gemeindefriedhof verbieten[1]. Ein Gastwirt ist nach öffentlichem Recht befugt, in seinen Räumen Musik zu machen; ist er aber Pächter eines städtischen Grundstücks, so kann der Pachtvertrag diese Befugnis ausschließen. Bei einer nach öffentlichem Rechte betriebenen städtischen Wasserversorgungsanstalt sind die Gebühren „im voraus nach festen Normen und Sätzen zu bestimmen" (KAbgG. § 7); bei einer nach Privatrecht betriebenen steht der vertraglichen Zulassung einer rückwirkenden Gebührenberechnung nichts im Wege.

Die Beispiele, die sich leicht vermehren ließen, legen die Frage nach den Grenzen der fiskalischen Verwaltung nahe. Alles kann dem Staate oder der Gemeinde „in Zivil" doch nicht gestattet sein. So kann die Vornahme oder Nichtvornahme eines obrigkeitlichen Aktes offenbar nicht Gegenstand privater Abmachungen werden. Der Staat kann sich nicht privatrechtlich verpflichten, einem Beamten ein bestimmtes Amt bei Freiwerden zu übertragen oder von seiner Enteignungsbefugnis einem einzelnen Eigentümer gegenüber keinen Gebrauch zu machen oder einen Bürger mit polizeilichen Vorladungen zu verschonen. Die auf Übertragung des Amtes oder auf Unterlassung der Enteignung oder der Vorladung erhobene Klage müßte wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen werden. Daher sind auch die häufig versuchten Steuerbefreiungsverträge und die sog. Loskaufverträge in der Wohnungszwangswirtschaft jedenfalls dann ungültig, wenn ihr Sinn der sein sollte, Staat oder Gemeinde gerichtlich zu zwingen, der Zusage gemäß von der Steuerveranlagung oder der Wohnungsbeschlagnahme keinen Gebrauch zu machen. Doch kann hier eine dem Willen der Parteien entsprechende juristische Form gefunden werden, die der rechtlichen Prüfung standhält und wirtschaftlich ähnliche, wenn auch schwächere Wirkungen hat als die Abrede über den Hoheitsakt selbst. Als Privatrechtssubjekt kann die Gemeinde auch Zuwendungen machen. Sie kann also, wenn sie bei einem Wohltätigkeitsfest mit Tanz 1000 RM an Vergnügungssteuer eingenommen hat, eben diese 1000 RM dem Wohltätigkeitsunternehmen schenken, ja sie kann sich hierzu vorher in den Formen des bürgerlichen Rechtes sogar verpflichten[2]. Auch der Loskaufvertrag[3] läßt eine rein privatrechtliche Umformung zu, sofern nur das Wohnungsamt dabei in seinen Entschließungen frei bleibt. Der Wohnungsinhaber verpflichtet sich zur vierteljährlichen Zahlung bestimmter Geldsummen unter der Bedingung, daß er von der Beschlagnahme verschont bleibt. Wird die Wohnung beschlagnahmt, so wird er von der Zahlungspflicht befreit, hat er vorausbezahlt, so haftet die Gemeinde aus ungerechtfertigter Bereicherung. Allerdings finden derartige Verträge ihre Grenzen an den guten Sitten. Die privatrechtlichen Abmachungen müssen eine billigenswerte Grundlage haben, etwa das, trotz des Schenkungsversprechens vorhandene, geldliche Interesse der Gemeinde am Zuzug eines steuerkräftigen Fremden oder den Vorteil, welcher der Ge-

[1] RG. VI 15. Nov. 20, RGZ. 100, 213ff. Vgl. auch SächsOVG. 12. Okt. 20, Jahrb. 26, 22ff.; RG. VII 7. Apr. 14, JW. 1914 S. 685f.

[2] Vgl. z. B. PrOVG. 19. Nov. 08, Entsch. 53, 119ff.; 20. Mai 20, Entsch. 76, 148f. — Die Frage ist nicht unbestritten. Vgl. Fleiner S. 137ff.; Gerber S. 58; BayVGH. 3. Jan. 19, Samml. 40, 39ff.; WürttVGH. 11. Juli 28, WüRV. 22 (1929) S. 62ff.; bad. Min. d. I. 13. Febr. 25, BadVerwZ. 1925 S. 39; Kl. Rat v. Graubünden 13. Febr. 25, SchwZBl. 26 (1925) S. 410ff. Vgl. auch KG. 6. Mai 30, JW. 1930 S. 324.

[3] Über ihn Lehmann im PrVerwBl. 47 (1926) S. 70; Friedmann, „Das Mietgericht" 3 (1928) S. 147ff.; RG. III 10. Jan. 30, RGZ. 127, 276ff.; WürttVGH. 8. Febr. 28, WüRV. 22 (1929) S. 186f. — Über den ähnlich liegenden Fall der Befreiung von ortsstatutarischen Bauverboten u. a. Benkard im VerwArch. 17 (1909) S. 360ff.; Otto Mayer II S. 117 N. 24; Fleiner S. 171 N. 20; RG. V 15. Febr. 13, Gruch. 57 (1913) S. 1167ff.; PrOVG. 26. Jan. 28, Entsch. 82, 425ff.

meinde daraus erwächst, daß der Eigentümer des beschlagnahmebefreiten Hauses sich zum Bau eines neuen Wohnhauses verpflichtet hat.

Staat und Fiskus bilden eine Einheit. Die frühere Auffassung, daß sie zwei verschiedene Rechtssubjekte seien, ist längst aufgegeben. Ob der Fiskus allein oder, wie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, gemeinsam mit anderen Privatpersonen sich betätigt, immer ist er dasselbe Rechtssubjekt, das uns auch als Herrscher entgegentreten kann. Hat er z. B. ein Grundstück für die Anlegung einer Straße enteignet, für die Straße verwendet, aber später die Straße eingezogen, so bedarf es keiner Auflassung, um das Grundstück mit einer fiskalischen Fabrik zu verbinden. Auch bei den subjektiven Grenzen der Rechtskraft eines zivilprozessualen Urteils kann die Einheit von Staat und Fiskus bedeutsam werden. Wenn A gegen den Fiskus ein rechtskräftiges Urteil über die Zahlung einer bestimmten Geldsumme erstritten hat und er rechnet mit dieser Summe gegen eine Steuerforderung auf, so kann die Finanzbehörde das Bestehen der Gegenforderung nicht mehr bestreiten (AO. § 103). Der Einheitsgedanke wird durch die Selbständigkeit der fiskalischen Kassen nur ausnahmsweise berührt, so bei der Aufrechnung nach BGB. § 395, die nur der gleichen Kasse gegenüber zulässig ist, der auch die Gegenforderung zusteht[1]. Auch bei sinngemäßer Auslegung gewisser Steuervorschriften kann es einmal nötig sein, Fiskus und Staat als zwei Personen anzusehen, so wenn die Hergabe von Räumen an „andere" den Steuertatbestand bildet und der hergebende Teil die preußische Eisenbahnverwaltung, der andere eine preußische Polizeibehörde war[2]. Gerade diese Doppelgestalt des Staates als Trägers öffentlicher Gewalt und als Fiskus macht es oft so schwierig, das öffentliche Recht klar vom bürgerlichen zu trennen und Streitigkeiten, in denen Staat oder Gemeinde beteiligt sind, zweifelsfrei zu entscheiden. Ein städtisches Wasserwerk entzieht einem unterhalb der Stadt befindlichen Triebwerk das Wasser, auf das der Triebwerksbesitzer Anspruch hat. Hier muß man unterscheiden, ob das Wasserwerk als private Anstalt betrieben wird oder als öffentliche. Im ersten Falle kann der Triebwerksbesitzer auf Unterlassung klagen, im zweiten nicht[3]. Ob aber das eine oder das andere zutrifft, kann sehr zweifelhaft sein. Oder die Reichsregierung ersucht einen Kommunalverband um die Übernahme elsaß-lothringischer Flüchtlinge. War das „Ersuchen" nur eine Höflichkeitsform, so liegt eine „Anforderung" im Sinne des Ausführungsgesetzes zum Friedensvertrage vor, der nachzukommen der Verband gegen eine Vergütung verpflichtet ist, über deren Höhe im letzten Rechtszuge das Reichswirtschaftsgericht entscheidet; handelte es sich dagegen um einen bürgerlichrechtlichen „Auftrag", dann lag es im freien Willen des Kommunalverbandes, ob er die Flüchtlinge aufnehmen wollte, und über die Vergütung entscheiden die ordentlichen Gerichte[4]. Auch hier kann die Tatfrage Schwierigkeiten bereiten.

Wie die Wahl zwischen obrigkeitlicher und einfacher Hoheitsverwaltung, so ist auch die zwischen hoheitlicher und fiskalischer Verwaltung der Prüfstein überlegener Verwaltungskunst. Je nach Gelegenheit und nach politischer Zusammensetzung der Stadtverordnetenversammlung wird der eine Bürgermeister durch großzügige Grundstücksspekulation, durch „Kaufen in der dritten und Verkaufen in der ersten Zone", die Gemeindeeinnahmen vergrößern, der andere durch Erfindung neuer Steuern. In der einen Gemeinde wird der Betrieb einer elektrischen Weberei

---

[1] Über Abkommen zwischen fiskalischen Stationen Schmid in WürttZ. 67 (1925) S. 316ff.; RG. IV 17. Sept. 27, RVerwBl. 49 (1928) S. 789f. Vgl. allgemein H. Rühl Zur Konstruktion der Rechtsbeziehungen zwischen staatlichen Behörden 1926.

[2] PrOVG. 10. Febr. 14, Entsch. 66, 142ff. Vgl. auch RFinH. 24. Febr. 27, PrVerwBl. 49 (1928) S. 70; RG. III 20. Dez. 27, RGZ. 119, 304ff.

[3] RG. V 12. Jan. 16, Gruch. 60 (1916) S. 684ff. Vgl. auch BayVGH. 28. Dez. 29, Samml. 50, 172ff. (Konkursrecht).

[4] RG. IV 2. Juli 25, RGZ. 111, 204ff.

große Überschüsse abwerfen, in der andern muß der Betrieb eingestellt werden, weil die arbeiterfreundliche Mehrheit im Magistrat den Überschuß einschließlich der notwendigen Rücklagen unter die Arbeiter des Betriebes verteilt. Daraus, daß die fiskalische Verwaltung in einer Darstellung des Verwaltungsrechts als eines Zweiges des öffentlichen Rechts stark zurücktreten muß, schließe man nicht auf ihre Unwichtigkeit im Leben des Staates und der Gemeinden.

## II. Freie und gebundene Verwaltung

**1. Der Unterschied und seine Bedeutung.** Der Ausdruck „vollziehende Gewalt“ könnte zu der Annahme verleiten, daß es der Verwaltung nur obliegt auszuführen, was die Gesetze genau vorschreiben, so wie der Gerichts-„Vollzieher“ sich genau an die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils zu halten hat. Solche Auffassung wäre nur zum Teile richtig. Es gibt Verwaltungsakte, deren Inhalt eindeutig vorgeschrieben ist und die bei gewissen, vom Gesetze genau vorherbestimmten Tatbeständen vorgenommen werden müssen. Aber sie sind nicht die einzigen. Es gibt auch solche, die der Verwaltungsbehörde ein großes Maß von Entschlußfreiheit lassen. Klassische Beispiele sind die Aufnahme eines Deutschen in einen andern deutschen Staatsverband einerseits und die Einbürgerung eines Ausländers andrerseits. Ein Hesse, der sich in Preußen niedergelassen hat, nicht vorbestraft ist und der öffentlichen Fürsorge nicht zur Last fällt oder in absehbarer Zeit zur Last fallen wird, muß auf Antrag in den preußischen Staatsverband aufgenommen werden. Noch einfacher liegt es bei der Entlassung aus dem Staatsverbande. Weist ein Württemberger nach, daß er zugleich Preuße ist, dann muß ihm auf Antrag die Entlassung aus dem württembergischen Staatsverbande erteilt werden, wenn er sich die preußische Staatsangehörigkeit vorbehält (RGes. v. 22. Juli 1913 §§ 7, 21). Bei der Einbürgerung eines Ausländers dagegen besteht, wenn kein Sonderfall vorliegt, keine Pflicht der Verwaltungsbehörde, dem Antrage zu willfahren. Auch wenn der Ausländer alle im Gesetze für die Zulässigkeit der Einbürgerung vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt, besteht für die Verwaltungsbehörde kein Müssen, sondern nur ein Können; sie kann die Einbürgerung gewähren, kann aber den Antrag auch zurückweisen (§ 8). Im Baurecht muß die Baupolizeibehörde einen geplanten Bau genehmigen, wenn er den geltenden Bauvorschriften entspricht, der sog. Baukonsens ist also gesetzlich eindeutig gebunden. Dagegen steht die Gewährung eines sog. Baudispenses, d. h. die Gestattung der Abweichung von bestimmten Bauvorschriften, im freien Ermessen der zuständigen Behörde. Die Ernennung eines Beamten ist ein freier Akt, die Gewährung einer Alterszulage an ihn ein gebundener. Die Einleitung und Durchführung der Enteignung, das Einschreiten der Polizei gegen anstößige Theaterstücke, die Eröffnung des Dienststrafverfahrens gegen einen Beamten beruhen in gewissen Grenzen auf freien Entschließungen der Verwaltungsbehörden, bei der Veranlagung zur Einkommensteuer, bei der Festsetzung des Witwengeldes oder der Invalidenrente, bei der Erteilung des Wandergewerbescheins an einen dazu berechtigten Deutschen steht das Ergebnis des Verwaltungsaktes eindeutig fest, noch bevor er erlassen wurde.

Warum wohl ordnet das Gesetz bald freie, bald gebundene Verwaltung an? Weil es die Mitte halten muß zwischen zwei unerreichbaren Idealen: dem allweisen Gesetzgeber und dem allweisen Verwaltungsbeamten. Der allweise Gesetzgeber würde die gebundene Verwaltung rein durchführen. Denn da er alle Verhältnisse, auch die künftigen und unwahrscheinlichsten, genau übersieht, kann er die Verwaltungsbehörden mit bindenden Anweisungen für jeden Einzelfall versehen. Beim allweisen Verwaltungsbeamten dagegen wäre jede Bindung überflüssig, da er kraft seiner überlegenen Einsicht immer das anordnen würde, was im Einzelfalle am besten ist. Nun ist aber keines der beiden Ideale verwirklicht, also müssen beide

Arten von Verwaltungen, die nach Rechtssätzen und die nach freiem Ermessen, miteinander verbunden werden. Wo es dem Gesetzgeber vor allem auf die gleichmäßige Behandlung gleicher Tatbestände ankommt, wird er den Verwaltungsbehörden genau vorschreiben, was zu geschehen hat, während er den Verwaltungsbehörden Freiheit läßt, wenn gerade die Mannigfaltigkeit der Verwaltung einen Wert für sich hat. So ist es kein Zufall, daß die Steuerverwaltung fast durchweg streng an Rechtssätze gebunden ist; denn eines der im Steuerwesen anerkannten Ideale ist die Gerechtigkeit, die eine ungleichmäßige Behandlung gleichmäßiger Tatbestände nicht zuläßt. Auch die strenge Gebundenheit bei der Aufnahme eines Deutschen in einen andern deutschen Staatsverband hängt mit dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller deutschen Landesangehörigen zusammen (alte RV. Art. 3), während die Ausländer vor dem Gesetze nicht gleich sind. Dagegen ist die Auswahl des tüchtigsten Beamtenanwärters, die dienstliche Bestrafung eines sonst bewährten Beamten weniger eine Frage der Gerechtigkeit als eine solche der Zweckmäßigkeit und daher nicht sonderlich geeignet für eine eindeutige Regelung. Vor allem würde die kommunale Selbstverwaltung ihren Hauptsinn verlieren, wenn die Bürgermeister und Magistrate immer nur in gesetzlicher Gebundenheit handeln müßten und nicht vielmehr im edlen Wettstreit der Städte untereinander mit freier Erwägung des Erforderlichen und Nützlichen.

Die Unterscheidung der freien von der gebundenen Verwaltung hat namentlich seit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch eine besondere juristische Bedeutung, die eng verbunden ist mit dem Wesen des freien Ermessens. Verwaltungsakte können vielfach mit Klage vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden, doch dürfen die Verwaltungsgerichte meistens nur prüfen, ob der angefochtene Akt nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse und der Gesetze rechtmäßig, nicht ob er zweckmäßig war, anders ausgedrückt: sie prüfen zwar die Tat- und die Rechtsfrage, nicht aber die Ermessensfrage. So haben bei der Anfechtung polizeilicher Verfügungen die preußischen Verwaltungsgerichte „nur" zu prüfen, ob der angefochtene Bescheid „durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts ... den Kläger in seinen Rechten verletzt" oder ob „die tatsächlichen Voraussetzungen ... vorhanden sind, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden" (LVG. § $127^{III}$). Das „nur" bedeutet Ausschluß der Ermessensfrage, da es neben der Tat- und Rechtsfrage nur noch diese dritte Frage gibt. Die Gesetze anderer Länder sagen es ausdrücklich, so das bayerische Verwaltungsgerichtsgesetz v. 8. Aug. 1878, wenn es die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nicht erstreckt „auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind" (§ $13^{I\,3}$), oder das hamburgische Gesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 2. Nov. 1921, wo die Ermessensklausel so lautet (§ 46): „Soweit Behörden gesetzlich ermächtigt sind, nach ihrem Ermessen zu verfahren, und nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, kann die Klage nicht darauf gestützt werden, daß nach richtigem Ermessen anders zu verfahren gewesen wäre." Auch für die Grenze der Staatsaufsicht gegenüber Selbstverwaltungskörpern ist es wichtig zu wissen, was Ermessenssache ist, was nicht, da der Staat im allgemeinen nur gegen rechtswidrige Beschlüsse, Handlungen und Unterlassungen der Selbstverwaltungskörper einschreiten darf, nicht gegen angeblich zweckwidrige[1]. Ebenso wird bei der Überprüfung von Polizeiverordnungen scharf geschieden zwischen deren „gesetzlicher Gültigkeit" und deren „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit"[2]; die erste Frage kann vom Richter geprüft werden, die zweite ist ihm verschlossen. Die Grenze zwischen Freiheit und Gebundenheit ist aber nicht immer leicht zu ziehen. In einem Hofe sammelt sich Wasser an

[1] Z. B. WürttVGH. 26. Nov. 24, WüRV. 1925 S. 28ff. — Im übrigen vgl. unten § 23 II 2.

[2] Z. B. pr. PolVerwG. v. 11. März 1850 § 17; bay. PolStGB. v. 26. Dez. 1871 Art. 15.

und gefährdet durch üble Ausdünstungen die Nachbarschaft, die Polizei verlangt Höherlegung des Hofes, der Eigentümer meint, die Herstellung einer Grube tue den gleichen Dienst und sei weniger kostspielig[1]. Vor dem Verwaltungsgericht behauptet die Polizei, die Frage „Höherlegung oder Grube“ sei eine solche des freien Ermessens, der Eigentümer meint, es sei eine Rechts- oder Tatfrage. Von der Beantwortung der Frage hängt es ab, ob der Eigentümer mit seiner Einwendung gehört wird oder nicht. Nach richtiger Ansicht muß das Verwaltungsgericht die Einwendung prüfen; tut es dies nicht, so beraubt es den Eigentümer gesetzwidrigerweise des Rechtsschutzes. Oder ein Beamter wird wegen „dienstlichen Bedürfnisses“ in ein anderes Amt versetzt. Vor dem Verwaltungsgericht behauptet er, ein dienstliches Bedürfnis für seine Versetzung liege nicht vor, und verlangt Aufhebung der Versetzung. Wenn das Verwaltungsgericht sich hier zur Prüfung der Bedürfnisfrage bereit findet[2], greift es empfindlich in das der Verwaltung eingeräumte freie Ermessen ein und droht aus übergroßem Wohlwollen für den Bürger, die Verwaltung lahmzulegen. Welche Bewandtnis hat es also mit dem freien Ermessen?

**2. Das freie Ermessen.** Das freie Ermessen steht irgendwie im Gegensatz zur rechtlichen Gebundenheit. Aber schon hier beginnt die Schwierigkeit. Die nach freiem Ermessen handelnden Verwaltungsbehörden sind ja keine Privatpersonen, die nach freiem Belieben, nach reiner Willkür handeln dürften, vielmehr ist auch das freieste Ermessen pflichtmäßiges Ermessen. Die Verwaltungsgerichte haben diesen Grundsatz zum Überdrusse oft betont, wenn sie auch fast nie in die Lage kamen, praktische Folgerungen daraus zu ziehen[3]. Die Freiheit vom gesetzlichen „Du sollst“ kann also nicht das Wesen des freien Ermessens ausmachen, vielmehr kann nur Freiheit vom Gesetzesinhalt gemeint sein. „Du sollst“ pflichtmäßig handeln, was aber „pflichtmäßig“ im einzelnen Falle bedeutet, das hast „Du“, die Verwaltungsbehörde, zu bestimmen. Da so die persönliche Auffassung des Verwaltungsbeamten entscheidet, wird es nicht ausbleiben, daß gleich gelagerte Fälle von verschiedenen Behörden verschieden behandelt werden. Der strenge Beamte wird von einer baupolizeilichen Vorschrift grundsätzlich nicht dispensieren, der mildere wird die Interessen des Bauenden häufig höher einschätzen als die der Allgemeinheit und von der Innehaltung der Vorschrift befreien. Bei der Frage, ob eine neue Zuchtrichtung für Rindvieh eingeführt werden soll, wird der eine Beamte für Beibehaltung der alten Rasse sein, da die Kuh so das Höchstmaß von Milch liefere, der andere Beamte hofft von der Kreuzung mit der neuen Rasse eine Stärkung der Vorderhand des Rindviehs und damit dessen größere Geeignetheit bei Verwendung als Zugtier; auch wird die neue Mischrasse sparsamer im Futter sein[4]. Welche von den beiden Ansichten ist richtig? Der Gesetzgeber weist die Lösung der Frage von sich und überläßt sie dem pflichtmäßigen Ermessen der Behörden. Vom Standpunkte des Gesetzes haben beide Beamten recht, der strenge und der milde, der Freund der Milchwirtschaft und der Freund des Ackerbaues und der sparsamen Futterverwendung.

Diese vom Gesetze gewollte Mehrdeutigkeit unterscheidet das echte freie Ermessen von scheinbaren Freiheiten, die in Wirklichkeit als Gebunden-

[1] Vgl. den vom PrOVG. am 30. März 06 unrichtig entschiedenen Fall im PrVerwBl. 28 (1907) S. 162f.

[2] So WürttVGH. 21. Febr. 23, WüRV. 1923, S. 121ff., eine Ansicht, die der VGH. aber mit Urteil v. 14. Juli 25, WüRV. 1925 S. 175f., wieder aufgegeben hat. Für die ältere Entscheidung hatte sich Geier in WüRV. 1923 S. 132ff. ausgesprochen, gegen sie W. Jellinek in VStaatsRL. 2 (1925) S. 64f.

[3] Vgl. W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung S. 65f. Vgl. auch RG. III 8. Juni 20, RGZ. 99, 256.

[4] Vgl. HessVGH. 11. Juli 25, Entsch. 7, 27ff.

heiten gedacht sind. Kein echtes freies Ermessen ist die freie richterliche Überzeugung bei Ermittelung des Tatbestands (ZPO. § 286), denn die Tatsachen stehen eindeutig fest, und nur eine von mehreren widersprechenden Auffassungen kann richtig sein. Der Richter, der einen Unschuldigen verurteilt, hat sicher nicht ebenso im Sinne des Gesetzes gehandelt wie ein anderer, der den Unschuldigen freispricht. Kein echtes freies Ermessen ist daher auch die freie richterliche Schätzung eines Schadens (ZPO. § 287), denn auch hier können zwei von einander abweichende Schätzungen zwar beide falsch, aber, der Idee nach, nicht beide richtig sein. Auch das billige Ermessen des Zivilrichters (BGB. §§ 315, 319) oder der Finanzbehörden (AO. § 6) ist kein echtes freies Ermessen, da auch dem billigen Ermessen wegen seines Zusammenhangs mit der Gerechtigkeit die Neigung zur Eindeutigkeit innewohnt. Deshalb ist auch die Freiheit bei der Gesetzesauslegung keine wirkliche Freiheit, da auch bei freiestem Umgehen mit dem Gesetzestext der Ausleger sich von der Idee leiten lassen muß, zu keinem anderen Ergebnis zu kommen als jeder andere Ausleger.

Wenn vom Gesetze gewollte Mehrdeutigkeit zum Wesen des freien Ermessens gehört, so ist es sicher dort nicht gewollt, wo die Mehrdeutigkeit keinen Sinn hat, also bei den eindeutigen Begriffen. Es hat keinen Sinn, den Anlieger für Straßenherstellungskosten nur bis zu sechsundzwanzig Meter Straßenbreite haften und zugleich das Ermessen einer Behörde entscheiden zu lassen, was sechsundzwanzig Meter sind, oder die Fluchtlinie geometrisch und katastermäßig genau festzulegen und trotzdem die Bestimmung der Fluchtlinie im Einzelfall dem freien Ermessen der Baupolizeibehörde zu überlassen. Der Sitz der Mehrdeutigkeit kann vielmehr nur der unbestimmte Begriff sein. So ist z. B. der Ausdruck „Tagesanbruch", der in einer Polizeiverordnung über die Wegereinigung vorkam, mehrdeutig; es kann damit Beginn der Morgendämmerung, Eintritt der Tageshelle und Sonnenaufgang gemeint sein. Gerade dies Beispiel lehrt aber zweierlei: Auch ein unbestimmter Begriff ist nicht grenzenlos, das Wort „Tagesanbruch" hat die zwei äußersten Grenzen „Morgendämmerung" und „Sonnenaufgang". Und dann: Nicht jede Unbestimmtheit bedeutet freies Ermessen. Im Beispiel ist es sehr unwahrscheinlich, daß es vom Ermessen der Polizei oder des Strafrichters abhängen soll, ob der Tagesanbruch an der frühesten oder an der spätesten Grenze oder in der Mitte liegt. Vielmehr muß man durch Auslegung nach dem Zweck der Bestimmung, nach dem örtlichen Sprachgebrauch, äußerstenfalls nach dem Grundsatze „in dubio pro reo" aus dem unbestimmten Begriffe einen bestimmten machen. Namentlich bei unbestimmten Zahlen ist das Verfahren anzuwenden. Die „kleineren" Heilmittel des Krankenversicherungsgesetzes wurden durch die Rechtsprechung in Heilmittel bis zum Betrage von 20 M umgedeutet[1], die „Zusammenrottung" nach dem preußischen Tumultschadengesetze begann nach Entscheidungen des Reichsgerichts mit drei Teilnehmern[2], auch beim verbotenen Umherziehen der Zigeuner in „Horden" muß man versuchen, den unbestimmten Begriff in einen bestimmten zu verwandeln. Dies Verfahren ist vor allem auch bei den gesellschaftlichen Begriffen nötig, auf die das BGB., das StGB. und andere Gesetze verweisen. „Gute Sitten", „Treu und Glauben", „wichtiger Grund" (BGB. §§ 138, 826, 242, 626), „grober Unfug", „berechtigte Interessen" (StGB. §§ $360^{11}$, 193), „achtungswürdiges Verhalten" (RBG. § 10) und ähnliche Wortzusammenstellungen sind sicher unbestimmt im Vergleich zu scharfkantigen Begriffen, wie „Volljährigkeit", „Rechtsfähigkeit", „Sachbeschädigung", trotzdem bedürfen sie einer eindeutigen Auslegung wie diese. Zu diesem Zwecke muß man die Begriffe zunächst nach den

---

[1] Jul. Hahn Handbuch der Krankenversicherung $I^{8-9}$ 1915 S. 257.

[2] RG. VI 31. März 20 u. 24. März 22, RGZ. 99, 3ff. u. 105, 120ff.

gesellschaftlichen Anschauungen umgrenzen, also z. B. bei der Frage der Sittenwidrigkeit von Zinssätzen Ende **1923** feststellen, welche Sätze in der ersten Zeit nach Einführung der Rentenmark als sicher nicht wucherisch und welche als sicher wucherisch galten. Hat man auf diese Weise die täglichen Zinssätze für bestimmte Tage z. B. zwischen drei vom Hundert und zehn vom Hundert eingeengt, so überlegt man, über welchen Zinssatz wohl die Mehrzahl der „billig und gerecht Denkenden" nicht hinausgegangen sein würde. Kommt man schätzungsweise z. B. auf 7 vom Hundert, so ist diese Zahl der nunmehr eindeutig gewordene Beurteilungsmaßstab für die Frage des Wuchers. Wäre die Bestimmung des Wuchers ein Akt des freien Ermessens, eine Annahme, die allerdings nicht zutrifft, dann würde das Ermessen zwischen den Zahlen 3 und 10 eingeengt sein.

Es entsteht jetzt die weitere Frage, ob sich vielleicht eine gewisse Gattung von Begriffen für die Ermächtigung, nach freiem Ermessen zu handeln, besonders eignet. Das ist mit den Wertbegriffen tatsächlich der Fall. Die rein erkennende Betrachtung der äußeren und der geistigen Welt leidet nicht an der gleichen Unsicherheit wie die bewertende. Ob ein Pilz giftig, ob eine Willenserklärung logisch widerspruchsvoll, ob eine Forderung verjährt ist, läßt sich leichter eindeutig feststellen als das im gegebenen Augenblicke politisch Zweckmäßige, das dienstliche Bedürfnis einer Beamtenversetzung, die persönliche Geeignetheit eines Beamtenanwärters, die architektonische Schönheit eines Gebäudes. Die Vermutung, daß das freie Ermessen im Reiche der Bewertungen seinen Sitz hat, wird durch seine enge gesetzliche Verbundenheit mit den Worten „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" bestätigt. Das preußische Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 stellt der Gesetzmäßigkeit einer Verfügung deren Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit gegenüber (§ 1), das Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850 läßt, wie erwähnt, Polizeiverordnungen nur auf ihre gesetzliche Gültigkeit, nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit prüfen (§ 17). Der Sinn ist offenbar der, daß der innere Wert einer Verordnung vom Richter nicht soll nachgeprüft werden können, ebensowenig wie der innere Wert einer Polizeiverfügung durch den Verwaltungsrichter nach LVG. § $127^{\mathrm{III}}$. Ob es notwendig war, überhaupt eine Verordnung zu erlassen, ob sie nicht zweckmäßig anders hätte erlassen werden sollen, darüber entscheidet innerhalb der gesetzlichen Grenzen die Verwaltungsbehörde allein. Aber auch für den unbestimmten Wertbegriff gilt das über den unbestimmten Begriff überhaupt Gesagte: auch er hat zwei äußerste Grenzen und auch er kann im Sinne einer Eindeutigkeit gemeint sein. Gerade die oben erwähnten Beispiele von Verweisungen, wie auf „Treu und Glauben", „gute Sitten" u. dgl., enthielten unbestimmte Wertbegriffe, die durch Ermittlung der durchschnittlichen Auffassung der Gesellschaft eindeutig gemacht werden müssen.

Das freie Ermessen läßt sich also definieren als die vom Gesetze für maßgeblich erklärte, fehlerfrei zustande gekommene, individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffs innerhalb seiner beiden äußersten Grenzen, insbesondere die individuelle Auffassung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung.

Welche Bewandtnis es mit dem „fehlerfreien Zustandekommen" des Ermessens hat, wird alsbald noch zu zeigen sein. Hier sei zunächst auf eine Reihe von Streitfragen der Ermessenslehre eingegangen.

Man sollte meinen, daß freies Ermessen namentlich auf dem Gebiete der ästhetischen Beurteilung herrschen müsse, da es doch kaum etwas Unsichereres gibt als die Beurteilung einer Landschaft oder eines Kunstwerks auf Schönheit und Häßlichkeit. Trotzdem prüft der Richter nach, ob der Regierungspräsident eine Gegend für landschaftlich hervorragend im Sinne des Verunstaltungsgesetzes erklären durfte, ob eine Straße von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung

ist und daher Baubeschränkungen rechtfertigt[1]. Bei näherem Zusehen merkt man jedoch, daß der Gesetzgeber hier wenig umstrittene ästhetische Begriffe verwendet. Er ermächtigt den Regierungspräsidenten nicht, zu bestimmen, welche von zwei oder drei Gegenden die schönste ist, sondern nur zu erklären, daß eine nach dem Durchschnittsempfinden hervorragend schöne Gegend auch eine solche im Sinne des Verunstaltungsgesetzes sein soll. Auch die Frage nach der „künstlerischen Bedeutung" einer Straße verlangt noch kein Eindringen in die Meinungen und Gegenmeinungen der Kunstsachverständigen, sondern nur die Feststellung, ob die Durchschnittsauffassung der Gesellschaft die Bejahung der „künstlerischen Bedeutung" der Straße zuläßt.

Eine Meinung geht dahin, daß freies Ermessen mit gewissen Ausdrücken begriffsnotwendig gemeint sein müsse, z. B. mit dem Worte „öffentliches Interesse". Aber auch, was *öffentliches Interesse* ist, läßt sich nach gesellschaftlichen Anschauungen frei von subjektivem Ermessen feststellen. Namentlich macht keine Schwierigkeit die Prüfung, ob ein öffentliches Interesse, z. B. für die Einziehung eines öffentlichen Weges, oder ob nur ein Privatinteresse vorliegt[2]. Das Reichsgericht prüft ohne das geringste Bedenken, ob die Gewährung der Erlaubnis zur Benutzung eines fremden Patentes „im öffentlichen Interesse geboten ist" (PatG. § 11) und ob daher eine Zwangslizenz erteilt werden darf[3]. Der bayerische Verwaltungsgerichtshof ist in Ermessenssachen unzuständig; trotzdem entscheidet er, ob das Unternehmen, für das enteignet wird, „vom gemeinen Nutzen erfordert werde"[4], was doch dasselbe bedeutet wie öffentliches Interesse. Ebensowenig ist die *Bedürfnisfrage* notwendig eine solche des freien Ermessens. Sie ist es sicher nicht, wenn das Gesetz, wie etwa § $16^{I}$ des Schußwaffengesetzes vom 12. April 1928, nicht das Bedürfnis der Allgemeinheit, sondern das eines privaten Antragstellers im Auge hat[5]. Es wäre aber denkbar, daß auch bei der Prüfung des öffentlichen Bedürfnisses für die Erteilung einer Theatergenehmigung, für die Ausdehnung eines Wandergewerbescheins, für die Versetzung eines Beamten die gesellschaftliche Durchschnittsauffassung entscheiden soll und nicht die individuelle der Behörde, nur ist eine derartige Regelung nicht zu vermuten. Bei der Versetzbarkeit des Beamten wird doch immer der Unterschied gemacht zwischen Richtern und sonstigen Beamten. Der Richter ist unversetzbar, der Verwaltungsbeamte nicht. Dieser wichtige Unterschied würde verwischt werden, wenn beim Verwaltungsbeamten die Frage des dienstlichen Bedürfnisses seiner Versetzung gerichtlich nachgeprüft werden dürfte[6]. Bei der Bedürfnisfrage des Gewerberechts deutet eine Vorläuferin der GewO., die preußische Allerh. KabO. v. 7. Febr. 1835, darauf hin, daß die Frage im Zweifel nach freiem Ermessen entschieden werden soll. Die Erlaubnis zur Anlegung städtischer oder ländlicher Schankwirtschaften sollte hiernach nur in solchen Fällen gestattet werden, „in denen sich die Behörde von der Nützlichkeit und dem Bedürfnisse der Anlage überzeugt hat". Die persönliche Überzeugung der Behörde entschied also über die Bejahung oder Verneinung des Bedürfnisses. Dabei ist es im allgemeinen bis auf den heutigen Tag geblieben[7]. Auch nach dem Gaststättengesetz vom 28. April 1930 ist die Bedürfnisfrage insofern eine Ermessensfrage, als § $1^{III}$ die Reichsregierung und die oberste Landesbehörde ermächtigt, allgemein zu be-

[1] PrOVG. 30. Mai 13 u. 20. Juni 16, Entsch. 64, 466ff. u. 71, 432ff. Vgl. auch Braunschw. VGH. 9. Febr. 21, BraunschwZ. 68 (1921) Beil. S. 19ff. — Anders Entwurf e. pr. Städtebaugesetzes v. 17. Juli 29, Landtagsdrucks. Nr. 3015 der 3. Wahlper., § 59.

[2] PrOVG. 16. Apr. 14, Entsch. 67, 332ff. Vgl. auch BadVGH. 14. Dez. 27, BadVerwZ. 60 (1928) S. 52ff.; HambVG. 24. Sept. 23, HansRZ. 1924 Sp. 232ff.

[3] RG. I 20. Jan. 23, RGZ. 106, 214ff. [4] Bay. G. v. 8. Aug. 78 Art. $8^{10}$, $13^{13}$.

[5] PrOVG. 31. Okt. 29, Entsch. 84, 253ff.

[6] Vgl. WürttVG. 14. Juli 25, WüRV. 18 (1925) S. 175f.; vgl. auch unten § 16 IV 2c.

[7] BayVGH. 1. Mai 25, Samml. 46, 8ff. (Schauspielunternehmen).

stimmen, wann ein Bedürfnis für die Erlaubniserteilung anzuerkennen, wann es zu verneinen ist. Dafür unterliegt jetzt allerdings die Bedürfnisfrage im Einzelfalle der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung (§ 18) und scheidet damit nach dem mutmaßlichen Gesetzeswillen aus dem Bereiche des freien Ermessens aus. Wie die Bedürfnisfrage, so enthalten auch die öffentlichrechtlichen Kann-Vorschriften eine starke, aber widerlegbare Vermutung für die Einräumung freien Ermessens an eine Behörde. Der Wandergewerbeschein z. B. ist zu versagen, wenn der Nachsuchende unter Polizeiaufsicht steht (GewO. § 57²); Ausländern kann der Gewerbebetrieb im Umherziehen gestattet werden (GewO. § 56d). Das eine bedeutet Gebundenheit, das andere freies Ermessen. Auch die Vorschrift, daß ein Deutscher wegen einer im Auslande begangenen strafbaren Handlung verfolgt werden „kann" (StGB. § 4^II^), stellt die Strafverfolgung, anders als sonst, in das freie Ermessen des Staatsanwalts[1]. Wenn im Gegensatze dazu der Reichsfinanzhof[2] im Rechtsbeschwerdeverfahren nachprüft, ob ein Härteparagraph richtig angewandt wurde, kraft dessen bei unbilliger Härte im Einzelfall besondere wirtschaftliche Verhältnisse berücksichtigt werden „können" (z. B. EinkStG. § 56), so hängt dies mit der uns nicht mehr unbekannten Tatsache zusammen, daß im Steuerrecht der Gerechtigkeitsgedanke unbedingt überwiegt und die Gerechtigkeit eine Feindin des echten freien Ermessens ist (AO. § 6)[3].

Besondere Aufmerksamkeit verdient das Wortpaar Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit[4]. Bei der Regelung der richterlichen Prüfung von Polizeiverordnungen wird es geradezu im gleichen Sinne gebraucht wie „Ermessensfrage". Und doch enthalten auch diese Worte nicht überall eine Ermächtigung zu freiem Ermessen, vielmehr sind sie es gerade, die durch ihre verhängnisvolle Doppelbedeutung das Ermessensproblem verwirrt haben. Freies Ermessen kann nämlich, wie gezeigt, nur bei unbestimmten Begriffen einen Sinn haben. Nun gibt es aber auch eine eindeutige Notwendigkeit und, obgleich sich das feinere Sprachgefühl dagegen sträubt, hier überhaupt von „Zweckmäßigkeit" zu sprechen, auch eine eindeutige Zweckmäßigkeit, die man im Gegensatze zu jener wirklich freien absoluten Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit die relative Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit nennen kann, nämlich Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit im Verhältnis zu einem bestimmten, als gut vorausgesetzten Ziele. Wenn bei einer Mauer die oberste Steinreihe lose ist und herunterzufallen droht, so mag es zweifelhaft sein, ob es überhaupt nötig ist, etwas zu veranlassen; dies ist eine Frage der Notwendigkeit im Sinne echten freien Ermessens. Ist aber einmal das Vorgehen gegen den Eigentümer beschlossene Sache, so läßt sich eindeutig feststellen, ob eine Anordnung „relativ" notwendig ist oder das Maß des Notwendigen überschreitet. Verlangt die Polizei z. B. Niederreißung der ganzen Mauer, so ist es keine mehrdeutige Werterwägung, sondern eindeutige, wertfreie Erkenntnis, wenn man der Polizei entgegenhält, daß das Herunterfallen der Steine schon durch Entfernung der obersten Lage verhindert würde. Eine Frage der Zweckmäßigkeit im Sinne echten freien Ermessens ist es, ob die Polizei Beseitigung des Mißstandes vom Eigentümer oder vom Hausverwalter verlangen will, dagegen eine Frage eindeutig feststellbarer relativer Zweckmäßigkeit im Sinne von Geeignetheit, ob sie verlangen darf, daß die oberste Steinreihe mit einer bestimmten chemischen Mischung festgeklebt wird; denn die Geeignetheit der chemischen Mischung zum Aneinanderkleben von Steinen unter freiem Himmel ist eine rein naturwissenschaftliche Frage

---

[1] Frank StGB.[18] 1929 §§ 4, 5 Anm. II. [2] Z. B. 9. Nov. 22, Samml. 12, 175f.

[3] Vgl. allgemein Hensel in VJSchrSteuFinR. 1 (1927) S. 56ff.; Bühler Lehrb. d. Steuerrechts I 1927 S. 64ff. Vgl. jetzt AO. § 275a, der den Grundsatz einengt, aber nicht aufhebt.

[4] Vgl. zum folgenden W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung S. 76ff.

und hat mit Bewertungen nichts zu tun. Von der echten Zweckmäßigkeit ist also die eindeutig feststellbare Geeignetheit, von der Notwendigkeitserwägung im Sinne freier Entschließung die eindeutig feststellbare technische Notwendigkeit wohl zu unterscheiden. Aber auch wo das Wortpaar nicht für Notwendigkeit und Geeignetheit im naturwissenschaftlichen Sinne gebraucht wird, kann doch Eindeutigkeit nach gesellschaftlichen Anschauungen damit gemeint sein, so bei Rechtsstreitigkeiten über die Erstattung von Wegebaukosten. Die Wegepolizeibehörde ist befugt, das zur Erhaltung des gefährdeten Verkehrs „Notwendige" für Rechnung des Verpflichteten in Ausführung bringen zu lassen; über die Erstattungsfrage entscheiden die Verwaltungsgerichte (ZustG. §§ 55f.). Auch hier muß die Notwendigkeit eindeutig bestimmt werden durch Beurteilung des Wegebaues nach der allgemeinen Verkehrsauffassung. Die über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Wegebaues, eines Schulbaues, eines Kirchenbaues entscheidenden Verwaltungsgerichte[1] üben also entgegen einer weitverbreiteten Meinung kein freies Ermessen aus. Man überlege nur einen Augenblick, ob es wohl zwei verschiedenen Verwaltungsgerichten von Rechts wegen gestattet sein kann, über den Ersatz der Baukosten bei gleicher Sachlage abweichend voneinander zu entscheiden, und man wird die Frage ohne Zögern verneinen müssen. Dann aber liegt auch kein freies Ermessen vor.

Von der echten Notwendigkeitsfrage ist ferner die Frage des Notstandes wohl zu scheiden[2]. In Fällen der Not erweitern sich vielfach die Machtbefugnisse der Behörden, eine Verordnung kann z. B. ohne Zustimmung des sonst zur Mitwirkung berufenen Kollegiums ergehen, eine Polizeiverfügung statt an den Störer an einen unbeteiligten Dritten. Es wäre für die Verwaltungsbehörde verlockend, die Frage des Notstandes, die Dringlichkeitsfrage, mit der Notwendigkeitsfrage zu verbinden und sie so der richterlichen Nachprüfung zu entziehen, doch ist kein Grund einzusehen, ihr dies zu gestatten. Der Richter hat vielmehr zweierlei zu prüfen: ob die Behörde selbst den Dringlichkeitsfall als gegeben ansah und ob sie ihn als dringlich ansehen durfte, d. h. ob nach den allgemeinen Anschauungen überhaupt noch von einem dringlichen Falle gesprochen werden konnte. Verbietet die örtliche Behörde z. B. am 2. Juni ein erst für den 1. Juli geplantes Fest und ist sie nur in dringenden Fällen zuständig, so ist ihr Verbot wegen Unzuständigkeit ungültig, da man hier mit dem besten Willen das Vorhandensein eines Dringlichkeitsfalles nicht bejahen kann[3]. Wenigstens diese äußerste Grenze besteht auch für die Verhängung des Ausnahmezustandes, den Erlaß einer Notverordnung und bestand für die Verhängung des früheren Kriegszustandes[4].

Freies Ermessen kann sowohl bei der Auswahl des Zwecks als auch bei der Auswahl der Mittel bestehen. Eine Lehre, die es auf die Zweckwahl beschränken möchte[5], geht fehl. Das Beispiel der Mauer zeigt es deutlich. Die Polizei hat hier die Wahl zwischen den beiden großen Zwecken Ordnung und Freiheit. Wählt sie den ersten, so schreitet sie ein, wählt sie den zweiten, so läßt sie den Bürger einstweilen noch in Ruhe. Beim Einschreiten kann sie aber wieder zwischen verschiedenen Mitteln frei wählen: sie kann eine gütliche Verständigung versuchen oder dem Eigentümer oder dem Hausverwalter die Beseitigung des Übelstandes aufgeben; kommt es zur Zwangsvollstreckung in der Form der Ersatzvornahme, so hat die

---

[1] Vgl. z. B. PrOVG. 8. Juli 19, Entsch. 75, 305: Über die Frage, was zur Einrichtung einer Lehrerwohnung „notwendig" ist, entscheidet „die im größten Teile des Staatsgebiets herrschende Anschauung".

[2] Vgl. W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung S. 219ff.

[3] OLG. München 21. Mai 95, OLGMünchenSt. 8, 335ff. Vgl. auch PrOVG. 16. Dez. 15, Entsch. 70, 410ff.

[4] RG. III 8. Jan. 24, RGZ. 107, 398.

[5] v. Laun Fr. Ermessen 1910 S. 34, 63.

Behörde wieder die Wahl zwischen den verschiedenen mit der Arbeit zu betrauenden Maurermeistern, auch hat sie in gewissen Grenzen die Wahl zwischen Ersatzvornahme und Erzwingungsstrafe.

Gerade dies Beispiel führt mittelbar noch zu einer weiteren Frage der Ermessenslehre, ob nämlich die Ermächtigung zum freien Ermessen in der gesetzlichen Anweisung an die Behörde liegen muß oder ob sie auch in den gesetzlichen Voraussetzungen für das Einschreiten enthalten sein kann[1]. Jedes Gesetz läßt sich bekanntlich in einen Voraussetzungssatz und einen Folgesatz zerlegen. Wenn dies oder jenes zutrifft, dann kann oder soll die Behörde dies und das tun. Nun behauptet eine Lehre, das freie Ermessen liege notwendig im Folgesatz[2]. Laute daher ein Gesetz: „wenn ein Bedürfnis vorhanden ist, hat die Behörde zu genehmigen", so sei damit jedes freie Ermessen ausgeschlossen; freies Ermessen sei nur dann gemeint, wenn das Gesetz etwa laute: „wenn ein Antrag gestellt wird, so kann die Behörde genehmigen, oder: so hat sie das Zweckdienliche zu veranlassen." Auch diese Ansicht läßt sich nicht halten, vielmehr muß man unter Umständen auch bei den gesetzlichen Voraussetzungen den Zusatz machen „nach Ermessen der Behörde". Bei der Bedürfnisfrage ist dies, wie schon gezeigt, im Zweifel der Fall. Auch das Einschreiten der Polizei gegen Polizeiwidrigkeiten darf man nicht dadurch zu einem gebundenen Verwaltungsakt machen, daß man sagt: wenn dem Publikum Gefahr droht, dann ist es Amt der Polizei einzuschreiten, schritte sie bei einer dem Publikum drohenden Gefahr nicht ein, so wäre dies offenbar eine Gesetzwidrigkeit[3]. Man übersieht dabei, daß das Wort „Gefahr" zu den unbestimmten Begriffen gehört und daher — innerhalb gewisser Schranken — nach freiem Ermessen näher abgegrenzt werden kann. Wohl gibt es einen Gefahrenpunkt, bei dem die Polizei einschreiten muß, wohl gibt es einen Punkt, bei dem sie nicht mehr einschreiten darf, aber beide Punkte decken sich nicht, sondern lassen Spielraum für die Betätigung des freien Ermessens. Wenn daher ein Gericht feststellt, die Polizei hätte gegen das lebensgefährliche Rodeln einschreiten müssen, der Staat hafte daher für Schadensersatz, so darf man daraus nicht schließen, daß die Polizei immer verpflichtet sei einzuschreiten, daß für sie immer das sog. Legalitätsprinzip gelte und nicht das Opportunitätsprinzip, sondern nur, daß in diesem besonderen Falle die eine von den beiden Grenzen des freien Ermessens erreicht war[4].

**3. Die Ermessensfehler**[5]. In unserer Definition des freien Ermessens hieß es, die individuelle Auffassung der Verwaltungsbehörde müsse fehlerfrei zustande gekommen sein. Dies bedarf noch der Erläuterung. Nicht gemeint ist damit die Innehaltung der erkennbaren äußersten gesetzlichen Grenzen des freien Ermessens, denn es liegt schon in der Definition, daß die Überschreitung dieser gesetzlichen Grenzen vom Gesetze nicht als maßgeblich angesehen wird. Gemeint mit den hier zu erörternden Ermessensfehlern sind aber auch nicht Fehlerhaftigkeiten bei den Zweckmäßigkeitserwägungen selbst, denn da das Gesetz der Behörde bei den von ihr anzustellenden Werterwägungen grundsätzlich Freiheit läßt, fehlt insofern jeder rechtliche Maßstab für die Ermittelung einer Fehlerhaftigkeit. Man kann über die Ernennung einer bestimmten Person zum Beamten, über die Ablehnung eines Dispensgesuches durch die Behörde wohl anderer Meinung

---

[1] Vgl. W. JELLINEK Gesetz, Gesetzesanwendung S. 131f.; dort auch Näheres über das Verhältnis des freien Ermessens zum disjunktiven Rechtssatz, eine Lehre, die LAUN im ArchÖffR. 34 (1915) S. 162ff. und in späteren Schriften — Studi in onore di O. Ranelletti 1930, Annuaire de l'Institut international de droit public 1931 — aufgegriffen und näher ausgeführt hat.

[2] v. SEYDEL Bay. StR.[2] III 1896 S. 412f.

[3] So BÜHLER Subj. öff. Rechte 1914 S.181ff.

[4] Vgl. W. JELLINEK Gesetz, Gesetzesanwendung S. 267f. u. PrVerwBl. 46 (1925) S. 490.

[5] Gesetz, Gesetzesanwendung S. 331ff.

sein als sie, kann ihr aber nicht eindeutig nachweisen, daß sie verkehrt gehandelt hat; irgendwelche Rechtfertigungsgründe wird sie immer für sich geltend machen können. Unter Ermessensfehlern verstehen wir vielmehr die gesetzwidrigen Erwägungen, die einer im Ergebnis nicht beanstandbaren Entschließung vorangehen. Die Behörden sollen ja pflichtmäßig handeln auch dort, wo ihnen Freiheit eingeräumt ist, nicht nach Laune und Willkür. Dies Pflichtmäßige im behördlichen Handeln bedeutet aber, daß sie sich auch in ihren Erwägungen frei halten müssen von Rechtsirrtum und von Ungehorsam gegenüber gesetzlichen Anordnungen über die beim Gebrauch des Ermessens anzustellenden Erwägungen.

Der Hauptfall des Rechtsirrtums ist gegeben, wenn die Behörde sich da gebunden glaubt, wo sie in Wirklichkeit frei ist. So bestimmt § 53$^{I}$ GewO., daß eine Approbation bei Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zurückgenommen werden kann, stellt also die Rücknahme in das freie Ermessen der Behörde. Wenn nun eine Behörde die Approbation zurücknimmt in der Meinung, sie zurücknehmen zu müssen, so bewegt sie sich im Ergebnis innerhalb der dem Ermessen gezogenen Grenzen, der von der Rücknahme betroffene Arzt kann sich nicht darüber beklagen, daß ihm etwas widerfahren sei, was im Gesetze keinen Grund habe, wohl aber kann er verlangen, daß sich die Behörde nicht zu Unrecht gebunden glaubt, wo sie frei ist und bei freier Erwägung des Notwendigen und Zweckmäßigen vielleicht von der Rücknahme abgesehen hätte[1]. In richtiger Erkenntnis dieses, wenn auch bescheidenen, Rechtsschutzbedürfnisses billigt § 23 des Danziger Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 30. Mai 1922 die Klage beim Obergericht auch dem einzubürgernden Ausländer zu, obgleich er nur geltend machen kann, die Verwaltungsbehörde habe die gesetzlichen Voraussetzungen der Einbürgerung für seine Person zu Unrecht verneint, also zu Unrecht geglaubt, seinen Antrag ablehnen zu müssen, nicht aber behaupten kann, daß die Verwaltungsbehörde verpflichtet sei, ihn einzubürgern. Die irrige Annahme einer Gebundenheit ist aber nur einer von vielen denkbaren Rechtsirrtümern innerhalb des freien Ermessens. Jeder Rechtsirrtum kann die Ermessensentscheidung zuungunsten des einzelnen beeinflussen. Verneint z. B. eine Verwaltungsbehörde die Bedürfnisfrage für die Eröffnung eines Schauspielhauses, so ist dies an sich zulässig und doch eine Rechtsverletzung, wenn die Behörde das Wort „Bedürfnis" falsch auslegt, z. B. mit den Bedürfnissen des Antragstellers in Verbindung bringt und deshalb ablehnt, weil er ein reicher Mann sei, ein Bedürfnis für ihn also gar nicht vorliege[2].

Den Hauptfall des Ungehorsams bildet die Berücksichtigung unsachlicher Gesichtspunkte. Mag die Behörde noch so frei sein in der Bestimmung des Ergebnisses ihrer Entschließungen, so sind ihr doch nicht alle zu dem Ergebnis führenden Erwägungen gestattet. Ganz klar ist dies beim Hineinspielen persönlicher Interessen des verfügenden Beamten. Die Begründung eines ablehnenden Bescheids damit, daß der Antragsteller mit dem Beamten verfeindet sei oder daß der Antragsteller dem Beamten kein Geschenk gemacht habe, ist selbst dann eine Rechtswidrigkeit, wenn ein anderer Beamter aus sachlichen Erwägungen ebenfalls zur Ablehnung kommen könnte. Die Erwägungen brauchen aber nicht einmal von solch minderwertiger Gesinnung zu zeugen. Auch die Berücksichtigung gewisser öffentlicher Interessen kann vom Gesetze verboten sein. So ist es nicht Sache der Orts-

[1] Ähnlich PrOVG. 17. Jan. 24, PrVerwBl. 45 (1924) S. 286 (irrige Meinung, nach einmaliger Bestrafung des Wirts die Polizeistunde herabsetzen zu müssen), ferner PrOVG. 1. März 28, Entsch. 82, 431ff.; ThürOVG. 17. Apr. 29, Jahrb. 13, 77 ff. — letzte Entscheidung besonders hervorzuheben angesichts der hier die Schwierigkeit des Gegenstandes unterschätzenden Ausführungen von Buchmann, Die Anfechtungsklage d. thür. Verwaltungsrechts 1929 S. 108ff.

[2] Vgl. auch noch LVG. Schwerin 14. Mai 29, MecklZ. 45 (1929) Sp. 799ff.

polizei, sondern der Gefängnisverwaltung, für die Ordnung in den Gefängnissen zu sorgen. Verbietet daher eine Polizeiverordnung dem Straßenpublikum, mit den Gefangenen zu sprechen, so ist sie rechtsungültig, wenn sie die Aufrechterhaltung der Ordnung in den Gefängnissen bezweckt, obgleich sie, im Interesse des ungehinderten Straßenverkehrs erlassen, rechtsgültig wäre[1]. Die Polizeibehörde darf die Einzäunung eines Vorgartens verlangen, damit es Landstreichern erschwert wird, sich dort in der Dunkelheit versteckt zu halten; sie darf es nicht, um den Eigentümer zu veranlassen, das Gelände lieber billig an die Stadt zu verkaufen[2]. Überhaupt gelten fiskalische oder verwandte Beweggründe bei polizeilichem Einschreiten fast durchweg als unsachlich. So mag die Behörde frei sein, ob sie die Genehmigung zu einem Grundstückserwerb erteilen, ob sie das Kahnfahren auf einem See dulden, ob sie Überstunden für die Beschäftigung von Gehilfen und Lehrlingen gestatten will oder nicht, aber sie darf die Genehmigung nicht deshalb versagen, das Kahnfahren nicht deshalb verbieten, die Überstunden nicht deshalb ablehnen, weil die Beteiligten sich geweigert haben, eine bestimmte Geldsumme an den Staat oder die Stadt oder die Arbeiter zu zahlen[3]. Eine an anderer Stelle, im Polizeirecht (§ 20 a. E.), zu erörternde Frage ist es, ob die ordentlichen oder die Verwaltungsgerichte den unzulässigen Beweggrund auch dann als Ungültigkeitsgrund für die Verordnung oder die Verfügung behandeln dürfen, wenn die Behörde ihren wahren Beweggrund verbirgt, wenn sie unter einem Vorwand handelt. In Frankreich, dem klassischen Lande des détournement de pouvoir, wie man dort die Verfolgung eines unsachlichen Zweckes mittels eines innerhalb der gesetzlichen Grenzen erlassenen Verwaltungsakts nennt[4], wurde während des Krieges der Lyoner Straßenbahngesellschaft aufgegeben, alle Reklameplakate von den Fenstern der Straßenbahnwagen zu entfernen. Als Grund gab die Behörde an, daß das Publikum durch die Plakate gehindert werde, zu sehen, wann es sein Fahrtziel erreicht habe; die Anordnung diene also der Leichtigkeit des Verkehrs, ein nach französischem Rechte genügender Rechtsgrund. Die Anordnung traf fast ausschließlich die bekannte schweizerische Schokoladenfirma Suchard, und nach Umständen des Falles lag der Verdacht handgreiflich nahe, daß die Anordnung sich in erster Linie gegen diese Firma richtete, die sich angeblich deutschfreundlich betätigt hatte, in Wirklichkeit bei den Lyoner Schokoladefabrikanten als gefährliche Mitbewerberin auf dem Kundenmarkte verhaßt war. Trotzdem hat der französische Staatsrat die gegen die Gültigkeit der Anordnung gerichteten Angriffe zurückgewiesen, da der von der Behörde angegebene Beweggrund die Anordnung trug[5]. In Deutschland würde ebenso entschieden worden sein, obgleich auch hier an sich der unsachliche Beweggrund als Ermessensfehler anerkannt wird. Als Name für ihn scheint sich der Ausdruck „Ermessensmißbrauch" einzubürgern[6]. Das bremische Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 6. Januar 1924 bestimmt, zunächst als einziges Gesetz dieser Art, im § 9, die Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte könne nicht darauf gestützt werden, „daß von dem Ermessen ein unrichtiger Gebrauch gemacht sei, es sei denn, daß Ermessensmißbrauch" vorliege. Der bremische Gesetzgeber übersieht nur, daß es noch andere Ermessensfehler gibt, die er sicher nicht hat ausschließen wollen. Außer der rechtsirrigen Erwägung innerhalb des Ermessens, der rechtsirrigen Annahme einer rechtlichen Gebundenheit insbesondere, außer dem

---

[1] KG. 5. Sept. 95 u. 24. Sept. 96, KGJ. 17, 389ff. u. 18, 351ff.

[2] PrOVG. 3. Okt. 13, Entsch. 65, 421ff.

[3] HambOVG. 5. Nov. 24, HansRZ. 1925 Sp. 132ff.; PrOVG. 5. Juni 24, Entsch. 79, 157ff.; WürttVGH. 19. Apr. 22, WürttZSprBeil. 65 (1923) S. 33ff. Vgl. auch RG. III 5. Apr. 27, JW. 1927 S. 2190f. (Abbau eines Beamten aus politischen Beweggründen).

[4] Berthélemy Traité élémentaire de droit administratif[12] 1930 S. 1125f.

[5] Vgl. Revue du droit public 38 (1921) S. 520ff.

[6] v. Laun Fr. Ermessen 1910 S. 176ff.; Fleiner S. 146.

unzulässigen Beweggrund gibt es z. B. noch die Nichtberücksichtigung der vom Gesetze als berücksichtigungswert gewollten Umstände. So kann die Verwaltungsbehörde die Bedürfnisfrage für die Errichtung eines Bierausschanks selbst dann verneinen, wenn die Ortspolizeibehörde sie in einem eingeforderten Gutachten bejaht hatte. Aber die Verwaltungsbehörde muß das Gutachten zum mindesten würdigen, sie muß zeigen, daß sie es nicht einfach übersehen hat, sonst verletzt sie das Recht durch Ungehorsam gegen die Berücksichtigungspflicht[1].

**4. Freiheit und Gebundenheit in Justiz und Verwaltung.** Es gab eine Zeit, da man den Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung geradezu darin sah, daß die Justiz gebunden und die Verwaltung frei sei. So stammt von FRIEDRICH JULIUS STAHL der berühmte Satz, für die Justiz sei das Recht Ziel, für die Verwaltung Schranke[2]. Wenn man darin nur den Hinweis auf die typische Erscheinung sehen will, daß in der Verwaltung mehr Freiheit herrscht als in der Justiz, so mag man das Wort gelten lassen. Im einzelnen aber gibt es hier doch sehr erhebliche Abweichungen.

Um mit der Justiz zu beginnen, so sind die Gerichte allerdings streng gebunden bei der Entscheidung eines bürgerlichen Rechtsstreits. Mag der Richter bei der Würdigung von Tatsachen und der Auslegung der Gesetze noch so frei von einengenden Beweis- oder Auslegungsregeln sein, im Ergebnis ist er eindeutig gebunden. Der Modeerscheinung der „freien" Rechtsfindung und des „königlichen" Richters zum Trotze verlangen, vielleicht abgesehen von gewissen ländlichen patriarchalischen Verhältnissen, die vor dem Richter erscheinenden Parteien, daß er nicht anders entscheide als jeder andere Richter, daß er das Recht finde, nicht erfinde, daß es kein Zufall sein dürfe, daß gerade er und nicht ein anderer Richter mit der Angelegenheit befaßt ist. Diese von den Parteien geforderte Einhelligkeit verträgt sich aber mit dem echten freien Ermessen als einer vom Gesetze gewollten individuellen Freiheit nicht. Doch führen zum Urteil viele Wege, und bei der Wahl zwischen ihnen, bei der sog. Prozeßleitung, steht dem Richter vielfach wirkliches freies Ermessen zu. Das Gericht „kann" anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden (ZPO. § 145$^{\mathrm{I}}$), daß die Verhandlung bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde über einen Nebenpunkt auszusetzen sei (§ 148), es „kann" solche Anordnungen wieder aufheben (§ 150), es „kann nach seinem Ermessen" die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen (§ 398$^{\mathrm{I}}$). In all diesen Fällen hängt es von der persönlichen Eigenart des Richters, von seiner Erfahrenheit in der Prozeßleitung, seiner Bewandertheit im Rechte jenes Nebenpunktes, seiner individuellen Auffassung über die Ideale der Gründlichkeit und der Schnelligkeit im Prozesse u. dgl. ab, ob er von seiner Befugnis im einen oder im andern Sinne Gebrauch machen will. Über solches Ermessen in verhältnismäßig untergeordneten Verfahrensentscheidungen erhebt sich das freie Ermessen in der Sache selbst, das dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingeräumt ist. Ein Minderjähriger z. B., der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, „kann" durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden (BGB. § 3). Hat z. B. ein Achtzehnjähriger ein Mädchen verführt und beantragen er und sein Vater die Volljährigkeitserklärung, damit er das Mädchen heiraten kann, so erwägt der Richter frei, was besser ist, dem Achtzehnjährigen Gelegenheit zu bieten, sein Gewissen durch die Heirat zu beruhigen, oder ihm für den wichtigen Schritt eine Bedenkzeit von zwei bis drei Jahren zu lassen. Der eine Richter wird

[1] PrOVG. 10. Nov. 81, PrVerwBl. 3 (1881/82) S. 94f. Vgl. auch SächsOVG. 5. Dez. 13, Jahrb. 21, 1f. (Nichtberücksichtigung der Tatsache, daß die Strafen eines Vorbestraften zeitlich weit zurückliegen); PrOVG. 10. Jan. 29, GewArch. 26 (1929) S. 581ff.; HambOVG. 13. Nov. 29, HansRGZ. A 1930 Sp. 374ff.; BremVG. 15. Juni 25, Entsch. 1930 S. 49.

[2] Philosophie des Rechts II 2$^{5}$ (1878) S. 609.

so, der andere anders entscheiden, und beide Richter handeln dem Gesetze gemäß. Auch dem Strafrichter endlich ist freies Ermessen eingeräumt, allerdings nie in der Schuldfrage, wohl aber bei der Strafzumessung, wenn die Strafe nicht eindeutig bestimmt ist. Solange es das Reichsgericht dem Gerichte des ersten Rechtszuges überläßt, ob es die Strafe mehr nach der Abschreckungs- oder nach der Besserungs- oder einer sonstigen annehmbaren Straftheorie bestimmen will, verneint es notwendig die Eindeutigkeit der Strafe und erkennt damit freies Ermessen bei der Strafzumessung an[1]. Allerdings befremdet es auf den ersten Blick, daß demgemäß zwei verschiedene Gerichte daß gleiche Verbrechen verschieden streng sühnen dürfen, aber dies ist tatsächlich geltendes Recht, solange der Kampf der Straftheorien unausgefochten ist. Auch verletzen ungleichmäßige Strafurteile, die Sachlichkeit der ihnen zugrunde liegenden Erwägungen vorausgesetzt, das Gerechtigkeitsgefühl weniger als ungleichmäßige Zivilurteile, da sich beim Strafurteil Staat und Einzelner gegenüberstehen, also zwei ungleichartige Personen, und für dies Verhältnis ein gültiger Beurteilungsmaßstab viel schwieriger zu finden ist als für die Beziehungen zwischen Gleichgeordneten.

Daß für die Verwaltung der Satz vom Rechte als bloßer Schranke nicht durchweg zutrifft, ist nach dem früher Gesagten klar. Es gibt freie Verwaltungsakte, wie die Bestätigung einer Bürgermeisterwahl, und gebundene, wie die Erteilung eines Jagdscheins. An sich scheint es also in der Verwaltung ähnlich zu sein wie in der Justiz. Und doch hat die Verwaltung eine Freiheit vor der Justiz voraus: die Freiheit des ersten Entschlusses. Der Zivilrichter bedarf des Anstoßes der Partei, der Strafrichter des Anstoßes der Staatsanwaltschaft, um tätig werden zu können. Nur beim Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommen freie Entschlüsse über das Ob des Einschreitens vor, so bei der Anordnung der vorläufigen Vormundschaft nach BGB. § 1906. In der Verwaltung findet sich aber diese Freiheit in viel stärkerem Maße, vor allem in der nichtobrigkeitlichen Verwaltung, aber auch in der obrigkeitlichen. Der Dienstvorgesetzte ist frei bei der Einleitung des Disziplinarverfahrens gegen den Untergebenen, der Minister frei im Entschluß über den Beginn einer Enteignung, die Ortspolizeibehörde frei in der Entscheidung, ob sie gegen eine geringe Polizeiwidrigkeit vorgehen soll, der Regierungspräsident frei in der Anordnung einer Zwangsmaßnahme gegen eine Stadtgemeinde. Gerade diese Freiheit des Entschlusses ist es, die den höheren Verwaltungsbeamten auch in seiner menschlichen Eigenart vom Richter unterscheidet.

## § 3. Verwaltungsrecht.

Otto Mayer I S. 13ff., 172ff., II S. 294f.; Fleiner S. 23ff., 45ff.; Schoen S. 311ff.; Hatschek S. 17ff., 148ff.; Loening S. 1ff., 784ff.; G. Meyer-Anschütz S. 766ff.; Anschütz Justiz und Verwaltung, Hinnebergs Kultur der Gegenwart, Systematische Rechtswissenschaft² 1913 S. 419f.; G. Meyer-Dochow S. 14ff., 97; Herrnritt S. 56ff., 121ff.; Merkl S. 157ff.; E. Kaufmann im WStVR. III S. 701ff.; Koellreutter im HWBRW. IV 1927 S. 265ff.; Smend Verfassung und Verfassungsrecht 1928 S. 130f.; Thoma im HdbDStR. I 1930 S. 3f.

Prazák Die prinzipielle Abgrenzung der Competenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, ArchÖffR. 4 (1889) S. 241ff.; G. Jellinek System der subjektiven öffentlichen Rechte² 1905 S. 54ff.; Halbey Über Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts, VerwArch. 4 (1896) S. 129ff.; Glaessing Öffentlichr. Natur d. Vormundschaftsrechtes, ArchÖffR. 16 (1901) S. 161 ff., 425 ff.; Holliger Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Züricher Dissertation 1904; Fr. Stein Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und

---

[1] RG. I 23. März 08, DJZ. 1908 Sp. 763f.; RG. I 11. Nov. 27, RGSt. 61, 417. — Andr. Ans., ohne genügende Würdigung der im Texte dargelegten Schwierigkeit, H. Mannheim Beiträge zur Lehre von der Revision 1925 S. 178ff., Drost Ermessen des Strafrichters 1930 S. 43ff.

Verwaltung 1912; NAWIASKY Forderungs- und Gewaltverhältnis, Festg. f. Zitelmann 1913; KELSEN Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, ArchÖffR. 31 (1913) S. 53ff., 190ff.; DERSELBE Allg. Staatslehre 1925 S. 80ff.; WEYR Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, GrünhutsZ. 40 (1914) S. 183ff.; v. SCHENK Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts, ÖZÖffR. 1 (1914) S. 63ff.; TRIEPEL Der Konviktorien-Beitrag der Landschaft Norder-Dithmarschen. Zur Lehre von den Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Berliner Festg. f. BRUNNER 1914 S. 523ff.; E. JUNG Über die Abgrenzung des Privatrechts vom öffentlichen Recht, ZRPhil. 2 (1919) S. 293ff.; W. SCHELCHER Justiz und Verwaltung 1919 S. 147ff. (dazu meine Besprechung im VerwArch. 28 S. 468 ff.); DERSELBE Zum Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, VerwArch. 28 (1921) S. 337ff.; HOFACKER Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsweg, ArchZivPr. 118 (1920) S. 281ff.; DERSELBE Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag beim Feuerlöschwesen, PrVerwBl. 43 (1922) S. 40f.; K. MAYER Das Verhältnis des öffentlichen Rechts der Länder zum Reichsprivatrecht, WürttZ. 63 (1921) S. 1ff.; A. BAUMGARTEN Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode II u. III 1922 S. 1ff.; HARTMANN Zum Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nach § 13 GVG., ArchZivPr. 121 (1923) S. 297ff.; GIACOMETTI Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten nach der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts 1924; NEBINGER Versuche einer Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, WüRV. 18 (1925) S. 131ff.; K. HERRMANN Öffentliches Recht und Zuständigkeit 1927; DERSELBE Der Kampf um das öffentliche Recht, ZÖffR. 8 (1929) S. 325ff.; W. BURCKHARDT Die Organisation der Rechtsgemeinschaft 1927 S. 1ff.; ERWIN JACOBI Grundlehren des Arbeitsrechts 1927 S. 377ff.; G. A. WALZ Vom Wesen des öffentlichen Rechts 1928 (dazu WILH. MERK im ArchZivPr. 132, 1930, S. 108ff.); JEDLIĈKA Der öffentlich-rechtl. Vertrag, Zürch. Diss. 1928 S. 8ff.; VON HALLER Öffentliches Recht. Eine Zusammenstellung von Begriffsbestimmungen, WüRV. 22 (1929) S. 81ff.; O. SCHMID Abgrenzung von Justiz und Verwaltung, WürttZ. 71 (1929) S. 273ff.; GYSIN Öffentliches Recht und Privatrecht, ZÖffR. 9 (1930) S. 481ff.; ALFR. MÜLLER Das Verwaltungsrecht als Rechtszweig, FischersZ. 65 (1930) S. 1ff.; G. HEILAND Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht, Krim. Monatshefte 4 (1930) S. 197ff.; SCHÄTZEL Der bürgerliche Rechtsstreit, Festschr. f. PAPPENHEIM 1931 S. 251ff. Über Einzelfragen SPROTTE FischersZ. 61 (1927) S. 68ff.; BRÜHL RVerwBl. 50 (1929) S. 713ff.

MASSMANN Die öffentlichrechtliche Vorfrage im bürgerlichen Rechtsstreite, FischersZ. 66 (1931) S. 129ff. — OPPENHOFF Die Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen[2] 1904; O. STÖLZEL Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen 1901; DERSELBE Rechtsprechung (u. neueste Rechtsprechung) des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte 1897, 1899, 1906, 1920, 1927; STÖLZEL u. a. Art. „Rechtsweg und Kompetenzkonflikt" im WStVR. III; HOFACKER Über die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, PrVBl. 42 (1921) S. 517ff.; Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte 1907; GELBERT Die rechtsirrtümliche Sachbehandlung, BayGemZ. 40 (1930) Sp. 825ff., 849ff. — Zum Recht des österreichischen Kompetenzkonflikts vgl. KELSEN in JBl. 57 (1928) S. 105ff. u. ZÖffR. 7 (1928) S. 583ff., SATTER in ZÖffR. 7 (1928) S. 545ff. u. ÖZBl. 46 (1928) S. 780ff., WEISS ÖAnwZtg. 5 (1928) S. 145ff. u. 7 (1930) S. 341ff., ferner das zu § 11 angegebene Schrifttum über die Dispensehe.

## I. Allgemeine Umgrenzung.

Es ist eine Eigentümlichkeit der Sprache, daß zusammengesetzte Wörter vielfach nicht dieselbe Bedeutung haben wie die gleichen Wörter nach Zerlegung in ihre Bestandteile. Die „Staatslehre" z. B. ist nicht dasselbe wie die Lehre vom Staate schlechthin, die Staatswissenschaft ist nach heutigem Sprachgebrauch nur ein Teil der Wissenschaft vom Staate. So verhält es sich auch mit dem Verwaltungsrecht. Es ist nicht das Recht der Verwaltung im ganzen Umfange, sondern das der Verwaltung eigentümliche Recht. Das für den Fiskus, für den Staat als Privatperson geltende Recht gehört also nicht zum Verwaltungsrecht im heute gebräuchlichen Sinne.

Recht aber ist soviel wie Inbegriff von Rechtssätzen. Mag im rechtsphilosophischen Sinne das Recht als etwas Wertvolleres dem Gesetze gegenübergestellt werden, als ein Beurteilungsmaßstab für die Güte der positiven Gesetzgebung, so muß doch für die Darstellung eines Zweiges des geltenden Rechts diese Wertbetrachtung in den Hintergrund treten. Rechtssätze wieder sind vom Staate ausgehende Sätze über ein Sollen, ein Dürfen oder ein hiermit zusammenhängendes Können und deren Gegenteil. Auch hier sei auf die rechtsphilosophische Frage

nach der Möglichkeit eines vor- oder überstaatlichen Rechtes nicht näher eingegangen[1]; der Grund, der immer wieder dazu führt, die Abhängigkeit des Rechtes vom Staate zu behaupten, liegt darin, daß sonst die Abgrenzung der Rechtssätze von andern Sollenssätzen, namentlich solchen der Sittlichkeit und der Sitte, auf unüberwindliche Schwierigkeiten stößt.

Das Recht setzt eine Vielheit von Personen voraus. Das „ubi societas, ibi ius" des Naturrechts läßt sich dahin umkehren, daß es kein „ius" gibt, wo die „societas" fehlt. Robinson Crusoe mochte in der Zeit seiner Einsamkeit Geboten und Verboten der Religion und der Sittlichkeit und eigenen Vorsätzen unterworfen gewesen sein, Rechtsregeln bestanden damals für ihn nicht. Ein solcher Robinson Crusoe ist aber auch der Staat, wenn er keine Person neben sich berücksichtigt, wenn er Sollenssätze nur an sich selbst, nämlich an seine Behörden richtet, ohne daß sich der einzelne auf sie soll berufen können. So mag eine Dienstvorschrift bis ins einzelne regeln, in welchen Zeitabständen die Staatsforsten abzuholzen sind oder wie sich die Behörden bei öffentlichen Feiern zu verhalten haben[2]; schon ein gesundes Sprachgefühl wird uns davor warnen, in solchen Vorschriften Rechtsregeln zu erblicken, da sie sozusagen nur ein Selbstgespräch des einsamen Staates sind, da ihnen, um mit v. JHERING zu sprechen, die zweiseitig bindende Kraft fehlt[3]. Erst wenn die Vorschrift auch für den Staatsunterworfenen gilt, wird sie zum Rechtssatz erhoben. So sind die staatlichen Vorschriften über die Staatsforsten bloße Dienstvorschriften, die über Behandlung der Privatforsten Rechtssätze, da sie außer der Forstverwaltungsbehörde auch den privaten Eigentümer binden.

Hier erhebt sich allerdings die Frage nach der Möglichkeit eines Verwaltungsrechts in dem eben beschriebenen Sinne. Der Staat, so läßt sich einwenden, ist doch mächtiger als der einzelne, kann sich also ohne große Schwierigkeit über seine eigenen Gebote hinwegsetzen, zum mindesten sie abändern. Wenn der Staat ein Baugesetz erläßt, kraft dessen ich bauen darf, und er ändert es in einem mir ungünstigen Sinne ab, so kann ich mich nicht mehr auf das alte Gesetz berufen und muß, sollte man meinen, eben deshalb bekennen, daß es mit der zweiseitig bindenden Kraft des Verwaltungsrechts nicht seine Richtigkeit hat. Daran ist nur soviel wahr, daß es für die höchste Staatsgewalt, in Deutschland für den Verfassungsgesetzgeber des Reichs, keinerlei Bindungen gibt, abgesehen von den völkerrechtlichen Schranken und den Grenzen des Möglichen. Schon das einfache Reichsgesetz, mehr noch das Landesgesetz, unterliegt Bindungen durch höhere Rechtsnormen. Vor allem aber sind die Verwaltungsbehörden dem Gesetz unterworfen, genau wie der einzelne, und es gibt Einrichtungen genug, um sie zum Gehorsam den Gesetzen gegenüber zu zwingen. Namentlich ist, wie noch zu zeigen sein wird[4], in der Verwaltungsgerichtsbarkeit der MONTESQUIEUsche Trennungsgedanke innerhalb der Verwaltung selbst verwirklicht, da hier unabhängige Gerichte den einzelnen vor Übergriffen der Verwaltung schützen. So gut es ein Privatrecht gibt, obgleich ein Privatrechtsgesetz bestehende Rechtsverhältnisse ändern kann, so gut gibt es auch ein Verwaltungsrecht trotz der Möglichkeit eines Rechtswechsels.

Sieht man der Einfachheit halber davon ab, daß es außer dem Staate noch andere Träger öffentlicher Gewalt gibt, so kann man also das Verwaltungsrecht umschreiben als den Inbegriff der — unmittelbar oder mittelbar — vom Staate

---

[1] Vgl. meinen Zusatz zu G. JELLINEK Allg. Staatslehre[3] 1914 S. 364f.

[2] Vgl. MinBliV. 1929 Sp. 543ff.

[3] v. JHERING Der Zweck im Recht I[1] 1877 S. 344. Der große Wert von Dienstvorschriften für den Geist der Verwaltung soll damit nicht geleugnet werden; ausgezeichnet z. B. württ. VO. über die Dienstordnung der Staatsbehörden v. 19. Juli 28, die geradezu ein Lehrbuch für das richtige Verhalten des Beamten darstellt. Vgl. auch LANGENHAGEN Gedanken über Gedankenlosigkeiten im behördlichen Alltag, RVerwBl. 50 (1929) S. 761ff.

[4] Vgl. unten § 5 III 7.

ausgehenden, Staat und Staatsunterworfene bindenden Regeln über ein Sollen, Dürfen oder Können im Bereiche der öffentlichen Verwaltung.

## II. Verwaltungsrecht und Staatsrecht.

Da wir die Verwaltung im organisatorischen Sinne als Tätigkeit der Verwaltungsbehörden bezeichnet haben oder, verneinend, als Tätigkeit des Staats oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von Gesetzgebung und Justiz[1], sollte die Abgrenzung zwischen Verwaltungsrecht und Staatsrecht keine Schwierigkeit machen. Zum Staatsrecht gehört alles, was den Staat überhaupt erst handlungsfähig macht, und von den Staatstätigkeiten gehören die Regierungsakte hierher. Insbesondere sind auch die mit dem Tätigwerden der höchsten Staatsorgane in engstem Zusammenhange stehenden Staatsakte außerhalb der Gesetzgebung, wie Einberufung, Vertagung, Schließung, Auflösung des Reichstags, die von Otto Mayer so benannten verfassungsrechtlichen Hilfstätigkeiten[2], dem Staatsrecht vorzubehalten. Hiernach sollte ein Zweifel über die Zugehörigkeit der Verwaltungsorganisation zum Staatsrecht und des Beamtenrechts zum Verwaltungsrecht nicht bestehen. Die Verwaltungsorganisation ist nicht Tätigkeit des Staates, sondern Voraussetzung für seine Tätigkeit; als sein Baugerüst hat sie etwas verhältnismäßig Starres an sich im Gegensatze zur stets lebendigen Verwaltung. Bei der Justiz wird die Zugehörigkeit der Organisation zum Staatsrecht schon durch das Wort Gerichts-„Verfassung" ausgedrückt, für die Behörden-„Verfassung" der Verwaltung gilt aber nichts anderes als für die der Gerichte. Im Gegensatze dazu atmet das Beamtenrecht Leben und Bewegung. Das Beamtenverhältnis wird durch den Akt der Anstellung begründet; nach der Anstellung ist der Beamte verpflichtet, tätig zu sein, der Staat verpflichtet, ihn zu besolden; die Dienstbehörde kann Befehle erteilen, das Disziplinar-, das Zwangspensionierungsverfahren einleiten, den Beamten versetzen und auf Antrag entlassen. Es leuchtet ein, daß dieses Tätigkeitsrecht nicht nur zum Verwaltungsrecht gehört, sondern auch zweckmäßig in einem Lehrbuch des Verwaltungsrechts seinen Platz findet.

Trotzdem hat sich in Deutschland noch keine Einigkeit über die Grenzen zwischen Staats- und Verwaltungsrecht gebildet, auch die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer hat die Streitfrage noch nicht aus der Welt geschafft. Sieht man nämlich unsere Lehrbücher des Staats- und Verwaltungsrechts daraufhin an, so findet man alle möglichen Zusammenstellungen. Der eine Verfasser eines Verwaltungsrechts sieht seine Hauptaufgabe in der Darstellung der Verwaltungsorganisation und vernachlässigt darüber alles sonstige[3], ein anderer läßt Einzelheiten des Organisations- und des Beamtenrechtes ganz beiseite[4], ein dritter bringt neben dem Verwaltungsrecht als Tätigkeitsrecht auch die Verwaltungsorganisation, aber nicht das Beamtenrecht[5]. Die großen Werke über Staatsrecht[6] enthalten das Organisations- und das Beamtenrecht, entsprechen also jenem zweiten Typus einer Darstellung des Verwaltungsrechts. Wie in so vielem, so hat auch hier Otto Mayer das Richtige getroffen, wenn er das Beamtenrecht dem Verwaltungsrecht vorbehält und das Organisationsrecht ausscheidet. Er tat dies im Gegensatze zur französischen Rechtswissenschaft, die ihm sehr nahe stand. Dies und seine Feinfühligkeit für Fragen der wissenschaftlichen Architektonik sind ein Zeichen

[1] Vgl. oben S. 13.
[2] Otto Mayer I S. 7.
[3] Ernst v. Meier Das Verwaltungsrecht, in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der RW.[6] II 1904 S. 637ff.
[4] Fleiner Institutionen[8]; ein Überblick S. 92ff.
[5] Schoen S. 214ff.; Giese-Neuwiem-Cahn Deutsches VerwR. 1930 S. 39ff.
[6] Laband StR. d. D. R. I[5] 1911 S. 364ff., 429ff.; G. Meyer-Anschütz S. 381ff., 563ff.; HdbDStR. I 1930 S. 586ff., 688ff., II (i. Ersch.) S. 1ff.

mehr für die Begründetheit der Ansicht, daß die Verwaltungsorganisation besser[1] im Staatsrecht, das Beamtenrecht besser[1] im Verwaltungsrecht gelehrt wird. Dementsprechend soll auch hier verfahren werden. Da aber damit zu rechnen ist, daß der eine oder andere Leser vom Organisationsrecht auch in einer Darstellung des Staatsrechts nichts vernommen hat, so sei im folgenden Paragraphen die Verwaltungsorganisation wenigstens kurz umrissen[2]. Dies Verfahren läßt sich auch durch einen naheliegenden Zweckgedanken rechtfertigen. Wenn man von der „Ortspolizeibehörde", der „Kommunalaufsichtsbehörde" oder von sonstigen Behörden liest, möchte man auch wissen, welche Stellen im Staate sich hinter diesen farblosen Begriffen verbergen. Auch kann die Organisation den Geist der Verwaltung beeinflussen. Eines Eingehens auf Einzelheiten wird es aber nicht bedürfen.

### III. Verwaltungsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Jugendrecht.

Ein vollständiges System der Rechtszweige würde etwa so aussehen:

Die Beziehungen zwischen zwei Privatpersonen gehören dem Privatrecht an, die Beziehungen zwischen zwei selbständigen Staaten dem Völkerrecht, die Organisation des Staats und der öffentlichen Verbände, die Tätigkeit der obersten Staatsorgane und die Beziehungen zwischen Bundesstaat und Gliedstaat und zwischen mehreren Gliedstaaten desselben Bundesstaates dem Staatsrecht, die Tätigkeit der Gerichte dem Justizrecht, zerfallend in Strafrecht und Prozeßrecht, die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden dem Verwaltungsrecht. Diesem ganzen Rechte als weltlichem Recht steht nach alter Anschauung das Kirchenrecht als geistliches Recht ebenbürtig gegenüber, während es in Wirklichkeit entweder überhaupt nicht dem Rechte angehört oder — bei völliger Trennung von Staat und Kirche — einen Teil des Privatrechts oder — bei Anerkennung der Kirchen als öffentlichrechtlicher Körperschaften — einen Teil des Staats- und Verwaltungsrechts bildet, aber dessen ungeachtet wegen seiner wissenschaftlichen Eigenart nach wie vor als besonderer Rechtszweig dargestellt werden wird[3].

Bis vor kurzem hatten von diesen Hauptgebieten des Rechts nur das Privatrecht und das Prozeßrecht Abzweigungen und Teilungen erfahren. So sind das Handels-, Wechsel-, See-, Urheber- und Privatversicherungsrecht Teile des Privatrechts, das Konkursrecht ein Teil des Zivilprozeßrechts. In neuerer Zeit wird aber auch das Verwaltungsrecht von Absplitterungen betroffen. So besteht ein unverkennbarer Zug zur Verselbständigung des Steuerrechts, des Arbeitsrechts und des Jugendrechts.

Das Steuerrecht unterscheidet sich von den beiden andern Rechtszweigen dadurch, daß es ausschließlich dem öffentlichen Rechte angehört, als Recht der Steuerorganisation, der Steuergesetzgebung und des Finanzausgleichs dem Staatsrecht, im übrigen dem Verwaltungsrecht. So richtig es sein mag, daß den steuer-

[1] Da es sich um eine Frage der Zweckmäßigkeit handelt, seien die abweichenden Ansichten von Thoma, HdbDStR. I 1930 S. 3, und Koellreutter, Integrationslehre und Reichsreform 1929 S. 5, BeamtJahrb. 16 (1929) S. 565f., hier nur vermerkt, nicht kritisch besprochen. Die Tatsache, daß die neueste österreichische Verfassungsreform die beamtenrechtlichen Streitigkeiten vom Verfassungsgerichtshof auf den Verwaltungsgerichtshof übertrug (BundVerf. 1929 Art. 132) und daß auch in Deutschland fast ausschließlich die ordentlichen und Verwaltungsgerichte beamtenrechtliche Streitigkeiten entscheiden, ist eine wichtige Stütze für die im Texte entwickelte Ansicht.

[2] Auf die Organisation der Verwaltungsgerichte wird im § 5 näher eingegangen.

[3] Daß die Lehren des Kirchenrechts, z. B. über den kirchenrechtlichen Verwaltungsakt, für das weltliche Verwaltungsrecht von Bedeutung sein können, soll damit nicht geleugnet werden. Vgl. jetzt den kritischen Bericht Wolgasts im ArchKathKR. 109 (1929) S. 546 ff. über ein die Frage behandelndes Werk des Schweden Rinander.

rechtlichen Begriffen eine gewisse Eigenwertigkeit innewohnt[1], so darf man doch über dem Trennenden nicht das gegenseitig Befruchtende vergessen, das die beiden Rechtszweige miteinander verbindet. Namentlich bietet die Reichsabgabenordnung mannigfache Berührungspunkte mit den allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts. So sind denn die Gelehrten, die sich bisher eingehender mit dem Steuerrecht beschäftigt haben[2], zugleich oder in erster Linie Vertreter des Verwaltungsrechts. Auch verleugnet die Reichsabgabenordnung nirgends ihren verwaltungsrechtswissenschaftlichen Unterbau.

Im Gegensatze dazu sind das Arbeitsrecht und das Jugendrecht aus öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Bestandteilen zusammengesetzt[3]. Das Arbeitsvertragsrecht steht in engstem Zusammenhange mit dem bürgerlichrechtlichen Dienstvertrag, die Verbindlichkeitserklärung des Schiedsspruchs einer Schlichtungskammer ist ein Verwaltungsakt, die Arbeiterschutzbestimmungen gehören als Maßnahmen zum Schutz vor Gefahren überwiegend dem Polizeirecht an, das Arbeiterversicherungsrecht bildet einen Ausschnitt aus dem Rechte der öffentlichen Anstalten und Körperschaften. Im Jugendrecht treffen sich u. a. Familienrecht, Strafrecht, Strafprozeßrecht, freiwillige Gerichtsbarkeit und Verwaltungsrecht[4]. Das mit einzelnen Stoffgebieten überladene Verwaltungsrecht kann es nur dankbar begrüßen, wenn es durch solche Abzweigungen entlastet wird. Nur muß man sich auch hier vor Augen halten, daß die verwaltungsrechtlichen Teile des Arbeitsrechts und des Jugendrechts in ihrer neuen Umgebung Verwaltungsrecht bleiben und daher nach wie vor von dem Strome gespeist werden, von dem sie sich abzweigten[5], auch mit Nutzen in einer Darstellung des Verwaltungsrechts gelegentlich verwertet werden können.

## IV. Öffentliches Recht und Privatrecht.

**1. Bedeutung der Unterscheidung.** Weit wichtiger als die Abgrenzung des Verwaltungsrechts gegenüber andern Teilgebieten des öffentlichen Rechts ist die des öffentlichen Rechts als ganzen gegenüber dem Privatrecht. Dabei handelt es sich fast ausschließlich um die Gegenüberstellung von Verwaltungsrecht und Privatrecht, da die Grenzen des Privatrechts gegenüber dem Staatsrecht, dem Völkerrecht, dem Strafrecht und dem Prozeßrecht leicht zu ziehen sind. Nun ist aber einmal die Frage unter der Bezeichnung „Öffentliches Recht oder Privatrecht?“ bekannt und sei daher unter diesem Namen behandelt.

Die Frage kann jedesmal von Wichtigkeit werden, wenn z. B. in einem Rechtsgeschäft oder einem Verwaltungsakt die eine oder die andere Bezeichnung vorkommt. In einem Verlagsvertrag z. B. verpflichtet sich ein Gelehrter, den öffentlich-rechtlichen Teil eines Sammelwerks zu übernehmen. Gehört das

---

[1] Vgl. z. B. Popitz Die Ideale im Recht und das Steuerrecht, ArchÖffR. 40 (1921) S. 129ff.

[2] Otto Mayer, Waldecker, Hensel, Bühler, Popitz, Nawiasky, Mirbt.

[3] Lehrreich und überzeugend Erwin Jacobi Grundlehren des Arbeitsrechts 1927, Vorwort u. S. 377ff. Vgl. auch J. Landmann Schweizerisches Arbeitsrecht, in: Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz I 1925 S. 498; Ebstein Jugendrecht und Arbeitsrecht, Ztschr. „Arbeitsrecht“ 13 (1926) Sp. 521ff.; derselbe Das Arbeitsverhältnis des Fürsorgezöglings 1929 S. 7ff.

[4] Vgl. das Inhaltsverzeichnis von Fiala u. a., Jugendrecht und Jugendwohlfahrtspflege (nach österr. Recht) 1926.

[5] Dersch, Die neue Schlichtungsverordnung 1924 S. 259ff., bringt daher mit Recht die Verbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrags in Zusammenhang mit den allgemeinen Lehren vom Verwaltungsakt. Vgl. auch desselben Verfassers Abhandlung über Verwaltungsakte und sonstige öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte in der Sozialversicherung, VerwArch. 33 (1928) S. 99ff.

Recht der Amtshaftung dazu? Oder ein Privatdozent erhält die venia legendi für Verwaltungsrecht. Darf er eine Vorlesung über Jagd- und Fischereirecht ankündigen?

Während diese oder ähnliche Streitfragen sich meist auf dem Wege der Verhandlung aus der Welt werden schaffen lassen, muß man Farbe bekennen, wenn sich eine Zuständigkeitsregelung auf dem Unterschiede aufbaut. So gehören nach dem berühmten § 13 GVG. vor die ordentlichen Gerichte im Zweifel alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, und die neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetze Hamburgs (2. Nov. 1921 § 9) und Bremens (6. Jan. 1924 § 8) weisen den Verwaltungsgerichten grundsätzlich alle Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zu. Die Frage: ordentlicher Rechtsweg oder nicht? ist denn auch der Hauptgrund, weshalb man sich mit der genauen Abgrenzung beider Rechtszweige so große Mühe gibt.

Dabei ist noch nicht einmal gesagt, daß, wenn man glücklich den wissenschaftlich am meisten überzeugenden Unterschied gefunden hat, das Ergebnis auch unbedingt für die Zuständigkeitsregelung maßgebend sein muß. Das Reichsgericht hat es geradezu ausgesprochen, daß u. U. ein Anspruch, „obwohl ein öffentlichrechtlicher, doch als ein bürgerlichrechtlicher im Sinne des § 13 GVG. anzusehen ist“[1]. Es hängt dies damit zusammen, daß man beim Erlaß des GVG. vieles als Privatrecht behandelte, was nach heutiger Anschauung zum öffentlichen Rechte gehört, außerdem mit der alle begrifflichen Scheidungen sprengenden Idee des Rechtsschutzes. Wir sind noch nicht überall so weit wie in Hamburg und Bremen, wo bei Verneinung des ordentlichen Rechtswegs fast immer die Verwaltungsgerichte an die Stelle der ordentlichen treten. Vielfach bedeutet Verneinung des ordentlichen Rechtswegs Verneinung jeder richterlichen Entscheidung, was so viel ist wie Zuständigkeit der dann in eigener Sache entscheidenden Verwaltungsbehörden. Aus diesem Grunde verdient auch die früher vom Reichsgericht vertretene Ansicht, jeder vermögensrechtliche Anspruch sei ein bürgerlichrechtlicher, eine Ansicht, die überdies mehr sagte, als gemeint war, keine allzu harte Kritik, da das Reichsgericht auch hiermit nur die Idee des durchgängigen gerichtlichen Rechtsschutzes verwirklichen wollte. Damit ist zugleich angedeutet, daß die hier hineinspielenden Zuständigkeitsfragen weit bedeutsamer sind als die innerhalb einer Prozeßordnung. Ob sich das Amtsgericht in A oder das Landgericht in B mit einer Sache befaßt, ist für deren Ausgang ziemlich gleichgültig, dagegen ist es nicht gleichgültig, ob über eine den Reichsfiskus betreffende Frage der Reichsfinanzminister oder das Landgericht entscheidet. Der Reichsgesetzgeber wußte, weshalb er im Augenblicke höchster Finanznot für ältere Ansprüche gegen den Reichsfiskus den Rechtsweg ausschloß und über die Vorfrage den Reichsfinanzminister, über die Sache selbst einen Ausschuß von Verwaltungsbeamten entscheiden ließ[2]. Er wollte gar keine Entscheidung nach Gerechtigkeit, sondern eine nach finanzieller Zweckmäßigkeit, und hierfür eignete sich eine Verwaltungsbehörde besser als das ordentliche Gericht.

Die Bedeutung des § 13 GVG. für die scharfe Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht wird noch dadurch verringert, daß § 4 EG. GVG. dem Landesgesetzgeber gestattet, den ordentlichen Gerichten „jede andere Gerichtsbarkeit“ zu übertragen, also gerade auch eine solche über Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. So entschieden, wie früher erwähnt[3], die ordentlichen Gerichte in Hamburg und Bremen bis vor kurzem über Klagen gegen staatliche Hoheitsakte, und in Braunschweig und Lübeck ist dies, trotz Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in weitem Umfange auch heute noch der Fall. Allerdings scheint es auf

[1] RG. III 12. März 1918, RGZ. 92, 318. Siehe auch RGZ. 93, 78ff.; 106, 177ff.; 111, 211ff.

[2] AbgErwVO. v. 24. Okt. 23 (RGBl. I S. 1010).

[3] Oben S. 16.

den ersten Blick, als ob trotz der Betrauung der ordentlichen Gerichte mit der Entscheidung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten der Unterschied zwischen diesen und den bürgerlichen Streitigkeiten des § 13 GVG. bestehen bliebe, daß nämlich die Zuständigkeit nach § 13 GVG. reichsrechtlich geordnet sei und daher auch für das Reichsgericht gelte, während die andere als landesrechtlich angeordnete nur die Gerichte des in Frage kommenden Landes, also höchstens noch das Oberlandesgericht, binde. So ist aber § 4 EG. GVG. im Bereiche des Vermögensrechts nicht gemeint. Da der Reichsgesetzgeber darauf verzichtet hat, zu sagen, was er unter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit verstanden wissen wollte, vielmehr mit diesem Worte zunächst einfach auf die in den Ländern herrschende Auffassung verwies, ist es nicht wahrscheinlich, daß er hier zwei Arten von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten schaffen wollte, solche, die nach Ansicht der Länder bürgerlichrechtlich sind, und solche, die als öffentlichrechtliche neben diese treten sollen. Daher ist es überhaupt zweifelhaft, ob § 4 EG. GVG., soweit er sich nach seinem Wortlaut auch auf Parteistreitigkeiten beziehen kann, im Bereiche des Vermögensrechts neben § 13 GVG. nötig war. Jedenfalls billigt die herrschende Meinung den Ländern die Befugnis zu, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach § 13 GVG. zu erweitern und damit auch öffentlichrechtliche Streitigkeiten der Entscheidungsgewalt des Reichsgerichts zu unterwerfen[1]. Allerdings versagt diese Möglichkeit und bleibt nur noch die Zuweisungsbefugnis nach § 4 EG. GVG., also ohne Reichsgericht, bei solchen Streitigkeiten übrig, die nicht dem Vermögensrecht angehören und daher nie als privatrechtlich angesehen werden konnten, z. B. bei Betrauung der Gerichte mit der Prüfung parlamentarischer Wahlen[2].

Bedenkt man endlich noch, daß auch das Reich, zum Teil sogar in der Reichsverfassung, den ordentlichen Gerichten Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zugewiesen hat, so auf den Gebieten des Beamten-, des Enteignungsrechts und der Amtshaftung (Art. 129, 153, 131), so wird der Zweifel immer stärker, ob es denn noch großen Zweck hat, sich mit der Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom privaten abzumühen.

Gewiß wäre es in mancher Beziehung begrüßenswert, wenn die auf die Abgrenzung beider Rechtsgebiete alljährlich von den Gerichten verwandte Gedankenarbeit für fruchtbarere Aufgaben frei würde. Aber ganz unfruchtbar ist eben, wie schon gezeigt, der Unterschied doch nicht, da der Staat berechtigte Gründe haben kann, sich keinem gerichtlichen Fehlurteil auszusetzen. Überdies besteht nun einmal der Unterschied in der Gesetzgebung. Trotz mancherlei Zuweisungen öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte bleibt doch noch § 13 GVG. der Angelpunkt der Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Für eine Streitigkeit, die weder nach heutiger Auffassung noch nach der Auffassung der siebenziger Jahre noch kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist, ist nach wie vor der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen, und ohne weiteres leuchtet ein, daß die „Streitigkeiten des öffentlichen Rechts“ im hamburgischen und bremischen Recht eine Untersuchung über die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht nötig machen.

**2. Die Grenze zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.** Das öffentliche Recht muß irgendwie in höherem Maße eine Beziehung zum Staate aufweisen als das Privatrecht. Am einfachsten wäre es, zu sagen, daß öffentliches Recht immer dann vorliegt, wenn der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt dem

---

[1] Vgl. vor allem Fr. Stein Grenzen und Beziehungen 1912 S. 24 ff.; Lassar Erstattungsanspruch 1921 S. 69 ff.

[2] In dieser Begrenzung ist Hartmann, dem unermüdlichen Vorkämpfer der These von der Unzuständigkeit des Reichsgerichts, beizutreten; vgl. dessen Abhandlungen im ArchZivPr. 109 (1912) S. 144 ff., 113 (1915) S. 145 ff., 121 (1923) S. 297 ff.

einzelnen gegenübertritt, Privatrecht in allen sonstigen Fällen. Da aber der Staat und die sonstigen Träger öffentlicher Gewalt auch als Privatpersonen handeln und Beziehungen zum einzelnen haben können, ist diese Umschreibung noch nicht genau genug.

Vielleicht führt eine Betrachtung ausländischer Rechtsauffassungen zu einer Lösung der durch die Doppelnatur des Staates hervorgerufenen Schwierigkeiten. In Frankreich legt man dem Zwecke der Staatstätigkeit entscheidende Bedeutung bei. Im Interesse der öffentlichen Verwaltung vorgenommene Staatshandlungen gehören regelmäßig dem öffentlichen Rechte an, gleichgültig ob sie selbst hoheitlich sind oder nicht, die übrigen dem Privatrecht. Schließt der Staat einen Vertrag über den Bau einer Straße, so handelt es sich um ein dem Verwaltungsrecht unterworfenes, den Justizgerichten entzogenes Rechtsgeschäft, während die Pacht eines vom Staate geerbten Grundstücks rein privatrechtlich beurteilt wird[1]. So einfach dieser Gedankengang ist, so wenig entspricht er der deutschen Rechtsentwicklung. Bei uns untersteht auch der Vertrag über einen Straßenbau dem bürgerlichen Recht und den ordentlichen Gerichten.

Auch die völlig entgegengesetzte englische Auffassung der grundsätzlichen Einheit allen Rechtes deckt sich nur ganz vereinzelt mit der deutschen Auffassung. In England wird eine nach unseren Begriffen öffentlichrechtliche Streitigkeit dadurch aufs bürgerlichrechtliche Geleis geschoben, daß man einen Beamten wie einen Privatmann behandelt, sobald er seine Amtsbefugnisse überschreitet. „Ein Staatssekretär dringt aus den höchsten Beweggründen, aber ohne gesetzliche Ermächtigung, in das Haus des X ein, um nach Papieren zu suchen. Er kann genau so gerichtlich belangt werden, wie wenn er ein Kohlenträger wäre“[2]. In Deutschland würde dem Öffentlichrechtlichen des Vorgangs dadurch Rechnung getragen werden, daß bei Geltendmachung der vermögensrechtlichen Amtshaftung der Staat an die Stelle des Beamten treten würde und bei strafgerichtlicher Verfolgung, wenigstens in einigen Ländern, die Erhebung des sog. Konflikts möglich wäre. Aber ganz vereinzelt findet sich die englische Auffassung auch bei uns, so in Braunschweig. Hier ist auch heute noch, trotz Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, z. B. die Klage auf Feststellung möglich, daß die Beschlagnahme von Land zu Siedelungszwecken unzulässig sei[3], während die Klage anderswo von vornherein abgewiesen werden müßte.

Solche einzelstaatlichen Besonderheiten legen die Frage nahe, ob es überhaupt möglich ist, das öffentliche Recht allgemeingültig dem Privatrecht gegenüber abzugrenzen. Sicher muß man mit Eigentümlichkeiten der Länder rechnen, aber ebenso sicher muß die Wissenschaft versuchen, ganz allgemein die Grenze so einleuchtend zu ziehen, daß man beim Schweigen des Gesetzes auf ihre Ergebnisse zurückgreifen kann. Zudem hat sich in Deutschland durch die Rechtsprechung über viele Punkte eine ziemlich einhellige Meinung entwickelt, die es gestattet, gemeindeutsches Recht vorzutragen. Wodurch also unterscheidet sich das Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts vom Privatrecht?

Zunächst, es gibt einen solchen Unterschied[4]. Wohl gehört das Privatrecht als vom Staate gesetztes Recht in seiner Gesetzeseigenschaft dem öffentlichen Rechte

[1] Berthélemy Traité élémentaire de droit administratif[12] 1930 S. 24 ff.

[2] E. Jenks An Outline of English Local Government[7] 1930 S. 8. Über die Anbahnung bedeutsamer Wandlungen dieser mit dem Namen Dicey verbundenen Rechtsauffassung Koellreutter Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England 1912 S. 182 ff.; Garner in Mélanges Hauriou 1929 S. 335 ff.; Laski im Annuaire de l'Institut international de droit public 1930 S. 711 ff.

[3] BraunschwKompGH. 30. Jan. 22 u. 17. Sept. 23, BraunschwZ. 70 (1924) S. 78f. u. 79ff. — Näheres über den Grund für diese Rechtsprechung unten S. 248f.

[4] Trotz seiner Leugnung durch Kelsen und Weyr (s. Schriftenverzeichnis am Kopfe des Paragraphen).

an. Aber nicht an die Gesetzeseigenschaft des Verwaltungsrechts denkt man, wenn man es dem öffentlichen Rechte zurechnet, sondern an die Eigentümlichkeit seiner Tatbestände und Rechtsverhältnisse.

Schon früher[1] ist uns der Verwaltungsakt begegnet als ein im Gegensatze zu privatrechtlichen Rechtsgeschäften gegen eigene Fehlerhaftigkeiten unempfindlicher Akt, der mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich hat und dem das große Vorrecht des Staates, sich irren zu dürfen, zur Seite steht. Dieser Verwaltungsakt gehört dem öffentlichen Rechte an. Öffentliches Recht ist also zunächst alles, was den Verwaltungsakt als Tatbestand betrifft. Auch wenn einige Verwaltungsakte im BGB. genannt sind, wie Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verein (§ 22), richtet sich ihre Gültigkeit nicht nach Privatrecht, sondern nach öffentlichem Recht; die versehentliche Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen sog. idealen Verein nach BGB. § 22 statt dessen Eintragung in das Vereinsregister nach BGB. § 21 würde ihn z. B. doch rechtsfähig machen. Zum öffentlichen Rechte gehören aber auch die mit dem Verwaltungsakt in gewisser Verbindung stehenden Rechtssubjekte und Rechtsverhältnisse. Über die Öffentlichrechtlichkeit einer juristischen Person, die Verwaltungsakte erlassen kann, wird an anderer Stelle zu sprechen sein[2]. Hier sei nur untersucht, wann ein Rechtsverhältnis öffentlichrechtlich ist, da Gegenstand der Rechtsstreitigkeiten fast immer Rechtsverhältnisse sind und von deren Natur die Zulässigkeit des Rechtsweges vielfach abhängt. Die Beziehung zum Verwaltungsakt wird dadurch hergestellt, daß man als ursprünglich-öffentlichrechtlich alle Rechtsverhältnisse ansieht, kraft deren Verwaltungsakte vorgenommen werden sollen oder können. So ist das Verhältnis des Beamten zum Staate öffentlichrechtlich, da gegen ihn Akte der Disziplinar- oder sonstigen Dienstgewalt vorgenommen werden können, des Angestellten zum Staate dagegen privatrechtlich, da die gegen ihn vorgenommenen Akte des Staats keine größere Kraft haben, als wenn sie von einer Privatperson ausgingen, namentlich im vollen Umfange gerichtlich überprüfbar sind[3]. Aus dem gleichen Grunde ist das Verhältnis des einzelnen zum enteignenden Staate öffentlichrechtlich, zum Staate, der ein Vorkaufsrecht ausübt, privatrechtlich. Als die Ortspolizeibehörde der Kurkapelle verbot, das antisemitische Borkumlied zu begleiten, erließ sie einen Verwaltungsakt; wer sich dadurch beschwert fühlte, konnte die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte anrufen, nicht aber die ordentlichen Gerichte mit dem Ziele einer einstweiligen Verfügung, die bei Vermeidung einer Geldstrafe die Wiederholung des Verbotes untersagte[4]. Auch die privatrechtliche Klage auf Zulassung zur Diplomprüfung an einer technischen Hochschule ist unzulässig, weil damit ein Rechtsverhältnis behauptet wird, kraft dessen ein Verwaltungsakt — die Zulassungsverfügung — erlassen werden soll[5].

Während derartige ursprüngliche Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts unschwer als solche erkannt werden, bereiten die abgeleiteten Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts bedeutend größere Schwierigkeiten. Zwar müssen sie irgendwelche Zusammenhänge mit den ursprünglichen Rechtsverhältnissen ihrer Gattung aufweisen, aber nicht jeder solche Zusammenhang genügt.

---

[1] Vgl. oben S. 21. [2] Vgl. unten § 8 II 1.

[3] RG. III 31. Mai 27, JW. 1927 S. 2206f.

[4] PrKompGH. 31. Okt. 25, PrVerwBl. 47 (1926) S. 418ff.

[5] RG. III 14. Mai 09, Gruch. 53 (1909) S. 1075ff. — Andere Beispiele: RG. III 18. Okt. 27, RGZ. 118, 227ff. (Wohnungsbeschlagnahme); RG. VII 12. Juni 28, RVerwBl. 50 (1929) S. 403 (Kurtaxe); RG. IV 7. Apr. 30, RGZ. 128, 146ff. (Ämterbesetzung); OLG. Oldenburg 14. Febr. 17, OldZ. 44 (1917) S. 214ff. (Verhältnis eines Versicherten zu der mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten Brandkasse); PrKompGH. 23. Apr. 27, PrVerwBl. 49 (1928) S. 75 (Entziehung der Doktorwürde); HansOLG. 30. Juni 27, HansRGZ. A 1928 Sp. 660 (Anspruch auf Herstellung einer öffentlichen Straße).

So braucht vor allem nicht jedes durch Verwaltungsakt geschaffene Rechtsverhältnis ein solches des öffentlichen Rechts zu sein, denn die Aufgabe eines Verwaltungsaktes kann gerade in der Schaffung eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses liegen. So will der Privatmann, der um die behördliche Änderung seines Namens bittet, der Vater, der die Legitimation seines unehelichen Sohnes beantragt, nur Änderung der durch das BGB. geschaffenen Rechtsbeziehungen; allerdings haben alle bürgerlichrechtlichen Rechtsbeziehungen auch eine öffentlichrechtliche Seite dadurch, daß sie im Streitfall für das Verhältnis des Klägers und des Beklagten zum Gericht maßgebend sind, doch muß man diese erst in zweiter Linie kommenden Beziehungen vernachlässigen, wenn man an die Scheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht herantritt. Ebenso unrichtig wäre die Meinung, öffentlichrechtlich sei jedes Rechtsverhältnis, das ohne ein ursprüngliches öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis nicht gedacht werden kann; denn dann müßte auch das Vertragsverhältnis öffentlichrechtlich sein, kraft dessen sich jemand verpflichtet, die von einem andern geschuldeten Steuern zu zahlen, während dies doch sicher nicht zutrifft. Vielmehr muß der Zusammenhang mit dem ursprünglichen Rechtsverhältnis ganz besonderer Art sein, wenn auch das abgeleitete an dessen Wesensart teilnehmen soll.

Der innigste Zusammenhang dieser Art ist der der Einheitlichkeit. Wenn ein Rechtsverhältnis in einem Teile ursprünglich-öffentlichrechtlich ist, dann ist es kraft Zusammenhangs in allen seinen Teilen öffentlichrechtlich. So ist das zwischen Schauspielunternehmer und Staat durch Hinterlegung einer Theaterkaution entstandene Rechtsverhältnis öffentlichrechtlich, weil öffentlichrechtlich auch das durch die Genehmigung des Unternehmens entstandene Rechtsverhältnis ist[1]. So ist die Gläubigeranfechtung der Steuerbehörde bei Vermögensschiebungen des Steuerpflichtigen nur ein Zubehör des öffentlichrechtlichen Hauptanspruchs und daher wie dieser öffentlichrechtlicher Natur[2]. So nimmt der Gehaltsanspruch des Beamten, der Entschädigungsanspruch des Enteigneten an der Öffentlichrechtlichkeit des Dienst-, des Enteignungsverhältnisses auch dann teil, wenn diese Ansprüche nicht einer der formellen Rechtskraft fähigen Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde, also einem Verwaltungsakte, unterworfen sind, wie dies tatsächlich meist der Fall ist[3]. Aus dem gleichen Grunde gehört ganz allgemein die öffentlichrechtliche Entschädigung dem öffentlichen Rechte an, weil sie mit der Pflicht zur Duldung hoheitlicher Eingriffe unmittelbar zusammenhängt[4]. Zweifel können über die rechtliche Natur der Amtshaftung bestehen. Wenn man die Schadensersatzpflicht für die Nichterfüllung einer Amtspflicht dem öffentlichen Rechte zuweist, so müßte man folgerichtig auch die Schadensersatzpflicht des einzelnen wegen Nichterfüllung einer öffentlichen Pflicht für öffentlichrechtlich erklären, z. B. wegen schuldhafter Verstopfung eines Kanals, wegen Umfahrens einer Straßenlaterne durch polizeiwidriges Verhalten, und soweit geht, von Ausnahmen abgesehen[5], unsere Rechtsprechung nicht. Zur Zeit hat die Einordnungsfrage für die Amtshaftung keine große Bedeutung, da deren Geltendmachung vor den ordentlichen Gerichten durch RV. Art. 131 außer Frage steht[6]. Trotz-

---

[1] RG. III 29. Sept. 16, JW. 1916 S. 1480f.

[2] Andr. Ans. das in justizstaatlichen Gedankengängen verharrende HansOLG. 7. Nov. 29, HansRGZ. A 1930 Sp. 99ff.

[3] RBeamtG. v. 17. Mai 07 § 150, pr. EntG. v. 11. Juni 74 § 30. — Vgl. auch LG. Berlin 2. Okt. 24, JW. 1925 S. 1423 (Anspruch eines Abgeordneten auf Eisenbahnfreikarte).

[4] Vgl. SächsOVG. 2. Juli 29, Jahrb. 34, 42f. (Schaden durch Zwangsimpfung ohne behördliches Verschulden).

[5] SächsOVG. 20. Jan. 22, Jahrb. 27, 16ff. Anders jetzt SächsOVG. 1. Okt. 29, Jahrb. 34, 125ff.

[6] Daher ist es vergebliche Mühe, die Streitigkeiten aus der vermögensrechtlichen Haftung öffentlicher Verbände für Verkehrsunfälle bei ordnungswidrigem Zustand ihrer Straßen den

dem wird für eine Darstellung des Verwaltungsrechts die Zuweisung der Amtshaftung an das öffentliche Recht aus Gründen des Zusammenhangs gerechtfertigt. Die Amtshaftung ist einmal die ultima ratio des Rechtsschutzes gegen Übergriffe der Staatsgewalt. Sodann hat sie eine solch starke Verwandtschaft mit der öffentlichrechtlichen Entschädigung, daß man Zusammengehöriges trennen müßte, wollte man die eine dem Privatrecht, die andere dem öffentlichen Rechte zuweisen.

Der andere die Öffentlichrechtlichkeit übertragende Zusammenhang ist der der Umkehrung. Eine öffentlichrechtliche Pflicht wird erfüllt; später wird behauptet, die Pflicht habe gar nicht bestanden, das zu Unrecht Geleistete sei daher zu erstatten. Noch das preußische Gesetz, betr. die Erweiterung des Rechtsweges, vom 24. Mai 1861 ließ in solchem Falle die Erstattungsklage wenigstens auf Grund der Behauptung zu, „daß die einzelne Forderung bereits früher getilgt oder verjährt sei" (§ 9). Auch sonst ist die Erhebung der Erstattungsklage, die Behauptung einer ungerechtfertigten Bereicherung bürgerlichen Rechts ein beliebter Versuch, ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis durch Umkehrung in ein bürgerlichrechtliches zu verwandeln[1]. Da in solchen Fällen in Wahrheit über die öffentlichrechtliche Zahlungspflicht entschieden wird, muß die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs selbst dann abgewiesen werden, wenn so der angeblich zur Zahlung Verpflichtete, wie bei den preußischen staatlichen Gebühren, ohne jeden gerichtlichen Rechtsschutz bleibt[2]. Schon die Reichsversicherungsordnung bestimmt ausdrücklich, daß das für den Hauptanspruch zuständige Versicherungsamt auch für die Entscheidung des Erstattungsanspruchs zuständig sein soll (§ 1773). Vor allem aber hat die Reichsabgabenordnung die Öffentlichrechtlichkeit des Erstattungsanspruchs durch § 227 anerkannt: „In Steuersachen ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen. Dies gilt auch für die Rückforderung bezahlter Steuern und anderer Leistungen"[3].

Den dritten und letzten Zusammenhang umbildender Art kann man den der Abwickelung nennen. Die Wegepolizeibehörde verlangt von einem Müller die Ausbesserung einer Brücke, der Müller bestreitet nicht deren Ausbesserungsbedürftigkeit, behauptet aber, nicht er, sondern der Landkreis sei zur Ausbesserung verpflichtet. Wenn die Behörde auf Durchführung ihrer Anordnung besteht und der Müller die Brücke ausbessert, so ist das Rechtsverhältnis augenscheinlich noch nicht abgewickelt, der öffentlichrechtlich in Anspruch Genommene muß von dem öffentlichrechtlich endgültig Verpflichteten entschädigt werden. Obgleich jetzt ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Gleichgeordneten, nämlich dem Müller und dem Landkreise, besteht, so gehört auch dieses noch dem öffentlichen Rechte an, da die Hauptfrage nach wie vor die ist, ob der Müller oder ob der Landkreis dem Staate gegenüber zur Ausbesserung verpflichtet war. Daher ist es ganz sachgemäß, daß die Entscheidung über derartige Ersatzansprüche in Wege- und Schulangelegen-

---

ordentlichen Gerichten entziehen zu wollen (richtig WürttKompGH. 26. März 29, WüRV. 22, 1929, S. 102ff.), obgleich HOFACKER, Die Verkehrssicherungspflicht 1929, zuzugeben ist, daß die Haftung dem öffentlichen Rechte angehört.

[1] Z. B. OLG. Rostock 16. Mai 08, MecklZ. 27 (1909) S. 30ff. (Rückforderung einer als Ungehorsamsstrafe entrichteten Geldsumme aus ungerechtfertigter Bereicherung).

[2] PrKompGH. 12. Dez. 25 u. 20. März 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 493 u. 467f. Vgl. auch MecklSchwKompGH. 13. Apr. 29, MecklZ. 45 (1929) Sp. 622ff.

[3] Über die Frage vgl. jetzt insbesondere LASSAR Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht 1921. Ferner GLÄSSING Das Recht der Rückforderung im Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts, AnnDR. 1896 S. 46ff., 81ff., 279ff.; MORAWITZ Die Kondiktion publizistischer Leistungen, BraunschwZ. 56 (1909) S. 2ff., 40ff.; WILH. MERK Rückforderung zu Unrecht gewährter Erwerbslosenfürsorge, BadVerwZ. 52 (1920) S. 129ff.; MORSTEIN MARX Zur Lehre vom Erstattungsanspruch bei Ungültigkeit der schuldbegründenden Rechtsnorm, HansRZ. 1924 Sp. 527ff. (hierzu RG. III 4. Nov. 30, RGZ. 130, 319ff.).

heiten den Verwaltungsgerichten übertragen worden ist[1]. Der wichtigste und bekannteste Fall solcher öffentlichrechtlicher Ersatzansprüche ist der zwischen dem vorläufig verpflichteten Fürsorgeverband und dem endgültig verpflichteten. Der vorläufig verpflichtete Fürsorgeverband kann durch die Aufsichtsbehörde zur Fürsorge für einen Hilfsbedürftigen angehalten werden, untersteht also einem drohenden Verwaltungsakt, ist also kraft eines ursprünglich-öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses zur Fürsorge verpflichtet. Die Erfüllung dieser Pflicht beendigt aber das Rechtsverhältnis noch nicht, sondern bringt es in das Stadium der Abwickelung, das erst dann überwunden ist, wenn der endgültig verpflichtete Fürsorgeverband die Fürsorgekosten erstattet oder den Hilfsbedürftigen übernommen hat. Das Bundesamt für das Heimatwesen entscheidet ausschließlich über Streitigkeiten dieser Art zwischen Fürsorgeverbänden, also gleichgeordneten Rechtsträgern, und dennoch hat wohl noch niemand bestritten, daß das Bundesamt eine Behörde zur Entscheidung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten ist[2]. Anders liegen die Verhältnisse, wenn den Ersatzanspruch eine beliebige Privatperson auf Grund Auftrags oder auftragloser Geschäftsführung stellt oder zwar ein öffentlicher Verband, aber doch nur, weil er so gehandelt hat, wie auch jede Privatperson hätte handeln können. Hat jene Brücke ein völlig Unbeteiligter ausgebessert, so kommt es gar nicht zur Abwickelung eines öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses ursprünglicher Art, da der Unbeteiligte keinem drohenden oder bereits erlassenen Befehle einer Verwaltungsbehörde gehorcht hat, gar nicht öffentlichrechtlich für verpflichtet erklärt war, sondern aus freien Stücken oder kraft Auftrags gehandelt hat. Da ursprünglich-öffentlichrechtlich unbeteiligt auch ein öffentlicher Verband sein kann, so ist es in der Ordnung, wenn das Reichsgericht den Rechtsweg bei Ersatzansprüchen z. B. einer Stadt für zulässig erklärt, die an Stelle der Landesschulkasse Ruhegehaltsbeträge gezahlt, an Stelle der Anlieger eine Straße gereinigt, an Stelle des Staates bei Glatteis gestreut hat, oder eines unbeteiligten Kommunalverbandes, der an Stelle des zuständigen Ortsarmenverbandes für die Beschulung blinder Kinder gesorgt, oder eines Landkreises, der die dem Staate zur Last fallenden Kosten für die Schutzpockenimpfung verauslagt, ebenso wie eines Privaten, der einem Polizeisergeanten beim Einschreiten gegen Prügelnde geholfen und dabei einen Messerstich ins Auge erhalten hat[3]. Allerdings muß in all diesen Fällen der Ersatz Fordernde wirklich als Privatperson tätig gewesen sein, nicht als Träger öffentlicher Gewalt. Erhebt eine Stadtgemeinde Landwirtschaftskammerbeiträge auf Ersuchen der Landwirtschaftskammer und verlangt sie Ersatz für ihre Mühewaltung, so ist schwer einzusehen, wie man den Ersatzanspruch dem bürgerlichen Recht soll zuweisen können, da es doch Privatverträge über die Ausübung obrigkeitlicher Gewalt nicht geben kann, wenn in die so mühselige Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom privaten nicht neue Verwirrung gebracht werden soll. Wenn trotzdem das Reichsgericht auch hier den Rechtsweg in Preußen zuläßt[4], so hängt dies mit der uns bekannten Tatsache zusammen, daß es § 13 GVG. mit der Privatrechtlichkeit der „bürgerlichen Rechts-

---

[1] ZustG. §§ $56^{5}$, $47^{\mathrm{III}}$.

[2] Vgl. FürsPflVO. v. 13. Febr. 24 § 29, UntWohnsGes. v. 30. Mai 08 §§ 37ff.; RG. VII 21. Nov. 30, RGZ. 130, 268ff. Vgl. auch ThürOVG. 21. Jan. 31, ThürRdsch. 8 (1931) Sp. 403ff.

[3] RG. IV 29. März 26, RGZ. 113, 178ff.; RG. VI 13. Nov. 11, Gruch. 56 (1912) S. 628ff.; RG. VI 23. Jan. 22, Gruch. 66 (1923) S. 576ff. (dazu Hofacker in WürttZ. 67, 1925, S. 133ff.); RG. IV 16. Nov. 16, Gruch. 61 (1917) S. 654ff.; RG. VI 2. Okt. 11, Gruch. 56 (1912) S. 380ff.; RG. III 31. März 14, Gruch. 59 (1915) S. 62ff. — Vgl. auch WürttKompGH. 9. Mai 17, WüRV. 10 (1917) S. 73f.; BadKompGH. 31. März 20, BadVerwZ. 1920 S. 95ff. (dazu Hofacker, Mainhard, Stoll und Gut, BadVerwZ. 1921 S. 81f., 82, 151ff., 153f.); andererseits SächsKompGH. v. 16. Jan. 24, SächsThürArchR. 1 (1924) S. 209ff.; SächsOVG. 28. Juni 27, Jahrb. 31, 60f.

[4] RG. VII 23. Sept. 24, JW. 1925 S. 2248ff.; dagegen Helfritz ebenda.

streitigkeiten" nicht so ernst nimmt und in Preußen jeder gerichtliche Schutz für den Anspruch der Stadtgemeinde fehlen würde, wenn ihr der ordentliche Rechtsweg nicht offen stände. In Hamburg oder Bremen aber mit ihrer verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit für alle „Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" müßten die Verwaltungsgerichte und nicht die ordentlichen Gerichte entscheiden.

Zusammenfassend also ist zu sagen: Ursprünglich-öffentlichrechtlich ist immer der Verwaltungsakt als Tatbestand und jedes Rechtsverhältnis, kraft dessen ein Verwaltungsakt vorgenommen werden soll oder kann. Abgeleitet-öffentlichrechtlich ist ein Rechtsverhältnis, das mit einem ursprünglich-öffentlichrechtlichen durch Einheitlichkeit oder Umkehrung oder Abwickelung zusammenhängt. Was danach öffentlichrechtlich ist, kann auch nicht auf Umwegen privatrechtlich gemacht werden.

**3. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Vorfragen.** Es kann leicht vorkommen, daß die Entscheidung eines öffentlichrechtlichen Streites von der Beantwortung einer privatrechtlichen Vorfrage und die Entscheidung eines privatrechtlichen Streites von der Beantwortung einer öffentlichrechtlichen Vorfrage abhängt. Einer der bekanntesten Sätze des Polizeirechts ist der, daß der Eigentümer für die Polizeimäßigkeit seiner Sache haftet. Nun kann es zweifelhaft sein, ob Eigentümer des Gartens mit dem verbogenen Stachelgitter A oder B ist. Darf die Polizeibehörde die Eigentumsfrage selbst entscheiden oder muß sie warten, bis das ordentliche Gericht darüber entschieden hat? Oder ein entsprechender Fall aus dem bürgerlichen Recht. Nach § 911 BGB. gelten Früchte, die von einem Baume auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, als Früchte dieses Grundstücks. Die Vorschrift findet aber keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient. Der Eigentümer eines angeblichen Privatweges beansprucht das auf dem Wege liegende Fallobst aus dem Nachbargarten für sich, der Baumeigentümer macht ebenfalls Eigentum geltend, da der Weg ein öffentlicher Weg sei. Darf über die Öffentlichkeit des Weges das wegen der Eigentumsfrage angerufene ordentliche Gericht entscheiden oder muß es die Entscheidung der Verwaltungsbehörde oder des Verwaltungsgerichts darüber abwarten?

Das französische Recht läßt es nicht zu, daß für die Entscheidung einer Frage die Zuständigkeit wechselt, je nachdem es sich um eine Haupt- oder um eine Vorfrage handelt[1]. Auch öffentlichrechtliche Vorfragen werden von den zuständigen Verwaltungsbehörden entschieden, ebenso wie privatrechtliche Vorfragen zur Zuständigkeit der Zivilgerichte gehören. Die Verwaltungsbehörde muß also das Verfahren aussetzen, wenn ihre Entscheidung von der Beantwortung einer privatrechtlichen Vorfrage abhängt, und das Zivilgericht ebenso, wenn eine streitig gewordene öffentlichrechtliche Vorfrage den Ausgang des Prozesses entscheidend beeinflußt. Der starke Zweckzusammenhang bei Abgrenzung dessen, was zur Justiz, und dessen, was zur Verwaltung gehört, begegnet uns hier wieder[2].

Die deutsche Auffassung findet ihren Ausdruck im § 148 ZPO. „Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches ... von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung ... bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei." Es steht also im pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts, ob es aussetzen will oder nicht. In jenem Beispiele mit dem Fallobst kann es also über die Öffentlichkeit des Weges selbst entscheiden. Hat es das Verfahren ausgesetzt und verzögert die Verwaltungs-

---

[1] Dareste Voies de recours 1914 S. 62f. [2] Vgl. oben S. 48.

behörde oder, wie man ergänzen muß, das Verwaltungsgericht die Entscheidung der Vorfrage (des bisweilen so benannten Neben- oder Inzidentpunktes), so kann es die Aussetzung wieder aufheben (§ 150). Im Strafprozeß scheint das Gericht sogar unbedingt verpflichtet zu sein, die öffentlichrechtliche Vorfrage mitzuentscheiden, denn § 262 StPO. gestattet die Aussetzung des Strafverfahrens nur zwecks Erhebung einer Zivilklage. Doch nimmt man an[1], daß damit die Aussetzung zugunsten eines Verwaltungs- oder Verwaltungsstreitverfahrens nicht verboten werden sollte. Umgekehrt dürfen die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte die privatrechtlichen Vorfragen entscheiden, so wenn die Pflicht zur Zahlung von Straßenkostenbeiträgen dem Grundeigentümer obliegt und behauptet wird, die Grundbucheintragung sei unrichtig[2]. Ja, für das Verwaltungsstreitverfahren wird sogar die Befugnis, gegen den Willen der Parteien auszusetzen, verneint, der Verwaltungsrichter also für unbedingt verpflichtet erklärt, die bürgerlichrechtliche Vorfrage mitzuentscheiden[3].

Für die französische Art der Regelung spricht die Erwägung, daß überall die sachverständigste Behörde entscheiden soll, also auch über eine Vorfrage die Behörde, die beim Vorkommen der gleichen Frage als Hauptfrage zuständig wäre. Die deutsche Art der Regelung stammt, was die öffentlichrechtliche Vorfrage anlangt, aus der Zeit, da der Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte vielfach der einzige wirkliche Rechtsschutz war; man wollte den mit aller Gewähr umgebenen Zivilprozeß nicht durch ein Hineinregieren der Verwaltung gefährden; außerdem bedeutet die Aussetzungspflicht auf alle Fälle eine Verzögerung des Verfahrens. Diese Erwägungen treffen teilweise auch heute noch zu; auch heute sind es vielfach Verwaltungsbehörden und nicht mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete Verwaltungsgerichte, die in der Entscheidung öffentlichrechtlicher Fragen das letzte Wort haben. Man muß sich die Tatsache vor Augen halten, wenn man der französischen Regelung ausnahmsweise auch im deutschen Rechte begegnet.

Solche Ausnahmen gibt es auf dem Gebiete der Unfallversicherung und im Steuerstrafrecht. Wird der Unternehmer eines versicherungspflichtigen Betriebes wegen eines Unfalls auf Schadensersatz verklagt, so hängt seine Haftung neben anderm davon ab, ob ein nach der RVO. entschädigungspflichtiger Unfall vorliegt und in welchem Umfang und von welcher Berufsgenossenschaft Entschädigung zu gewähren ist. Hier darf das ordentliche Gericht über die Vorfrage nicht selbst entscheiden, sondern muß das Verfahren aussetzen, bis Genossenschaftsvorstand, Oberversicherungsamt oder Reichsversicherungsamt entschieden haben (§ 901). Weit bedeutsamer ist die entsprechende Regel der justizfeindlichen Reichsabgabenordnung (§ 433). „Hängt eine Verurteilung wegen Steuerhinterziehung oder Steuergefährdung davon ab, ob ein Steueranspruch besteht oder ob und in welcher Höhe ein Steueranspruch verkürzt oder ein Steuervorteil zu Unrecht gewährt ist, und hat der Reichsfinanzhof über diese Fragen entschieden, so bindet dessen Entscheidung das Gericht. Liegt eine Entscheidung des Reichsfinanzhofs nicht vor, sind die Fragen jedoch von Finanzbehörden oder Finanzgerichten zu entscheiden, so hat das Gericht das Strafverfahren auszusetzen, bis über die Fragen rechtskräftig entschieden worden ist. Entscheidet der Reichsfinanzhof, so bindet dessen Entscheidung das Gericht. Ergeht keine Entscheidung des Reichsfinanzhofs, so hat das Gericht, wenn es von der rechtskräftigen Entscheidung des Finanzamts oder der Rechtsmittelbehörde abweichen will, die Entscheidung des Reichsfinanzhofs einzuholen.“ Auch hier bindet die Entscheidung des Reichsfinanzhofs. Besieht man sich die

[1] Löwe-Rosenberg StPO.[18] 1929 § 262 Anm. 9; KG. 1. Juli 30, LeipzZ. 1931 Sp. 268f.

[2] PrOVG. 3. Okt. 18, Entsch. 74, 92ff. Vgl. auch BayVGH. 17. Mai 22, Samml. 43, 63ff. — Allgemein Friedrichs Verwaltungsrechtspflege I 1920 S. 264ff.

[3] PrOVG. 22. Febr. 23, Entsch. 78, 460ff.

zur bindenden Entscheidung der Vorfrage berufenen Finanzbehörden etwas näher, so ist der Reichsfinanzhof ein vollwertiges Verwaltungsgericht; doch entscheidet er im wesentlichen nur die Rechtsfrage (AO. § 267). Die bindende Tatsachenfeststellung liegt für Zölle und Verbrauchssteuern ausschließlich bei Verwaltungsbehörden, nicht Verwaltungsgerichten (AO. §§ 217, 219). Solange dieser Mangel im Gesetze besteht, stellt die Durchbrechung der deutschen Regel im Steuerstrafrecht eine Verschlechterung des Rechtsschutzes dar.

**4. Zulässigkeit des Rechtsweges und Kompetenzkonflikt.** Die vorangegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß es manchmal nicht ganz einfach ist zu entscheiden, ob eine Sache zum öffentlichen Recht oder ob sie zum Privatrecht gehört, und in nahem Zusammenhange damit, ob die ordentlichen Gerichte zuständig sind oder die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte. Es muß daher eine Stelle geben, die im Einzelfalle die Zweifelsfrage aus der Welt schafft. Das GVG. hat die Entscheidung den Justizgerichten, insbesondere also den ordentlichen Gerichten übertragen. „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs" (§ $17^1$). Damit ist die Justiz gegenüber der Verwaltung bedeutend bevorzugt worden, denn die Entscheidungsgewalt enthält die Macht zum maßgeblichen Irrtum. So klagte einmal ein Hauseigentümer gegen die Gemeinde mit dem Antrage, die Gemeinde zu verurteilen, den von ihr in die Wohnung gesetzten Zwangsmieter wieder aus der Wohnung zu entfernen. Der Streit gehörte sicher dem öffentlichen Rechte an, denn der Kläger behauptete ein zwischen ihm und der Gemeinde bestehendes Rechtsverhältnis, kraft dessen die Gemeinde zur Rückgängigmachung eines Verwaltungsaktes — der Einweisung des Zwangsmieters — verpflichtet sei. Trotzdem hat ein sächsisches Amtsgericht der Klage stattgegeben, und das Urteil wurde rechtskräftig[1]. Damit war für diesen einen Fall der Rechtsweg unanfechtbar bejaht, auch Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte durften nicht mehr ihre Zuständigkeit behaupten. Würde umgekehrt ein Verwaltungsgericht ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, z. B. die Schadensersatzpflicht eines Lastkraftwagenbesitzers für Beschädigung des Rathauses durch ungeschicktes Fahren, festgestellt haben, so würde dies Urteil allerdings nicht unbeachtlich sein, es könnte vollstreckt werden, wäre aber der Justiz gegenüber nicht der Rechtskraft fähig; das vom unterlegenen Teil angerufene ordentliche Gericht stände der Entscheidung des Verwaltungsgerichts frei gegenüber und könnte entscheiden, wie wenn sich das Verwaltungsgericht noch nicht mit der Sache befaßt hätte[2]. Der Grund für diese Bevorzugung der Justiz liegt, wie so oft, in der weitaus besseren organisatorischen Gewähr der ordentlichen Gerichte für unparteiische Rechtsprechung bei Erlaß des Gerichtsverfassungsgesetzes. Selbst heute kann sich, wie noch zu zeigen sein wird, die Gewähr für die Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichte nur vereinzelt mit der des GVG. messen.

Der Grundsatz der Entscheidungsgewalt der ordentlichen Gerichte gilt im Verhältnis zu den Reichsbehörden fast ausnahmslos[3]. In Zeiten höchster Not allerdings hat die Reichsregierung, wie schon früher erwähnt, auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 13. Oktober 1923 den Reichsfinanzminister mit der bindenden Entscheidung der Frage betraut, ob ein gegen das Reich erhobener Anspruch vor den Abgeltungsausschuß gehört oder nicht (VO. v. 24. Okt. 1923), doch hat gerade die Erbitterung, die diese Bestimmung hervorrief, bewiesen, daß etwas ganz Außergewöhnliches damit angeordnet war.

---

[1] SächsThürArchR. 3 (1926) S. 31ff.

[2] Die entgegenstehenden Vorschriften des hamburgischen VerwGerGes. v. 2. Nov. 21 § 17 und des bremischen v. 6. Jan. 24 § 18 sind ungültig: W. Jellinek Schutz des öff. R., VStaatsRL. 2 (1925) S. 75f.

[3] PrKompGH. 24. Mai 24, JW 1924 S. 1634f. Über einen Grenzfall PrKompGH. 27. Okt. 28, RVerwBl. 50 (1929) S. 62f.

Auch den Landesbehörden gegenüber gilt die Entscheidungsgewalt der ordentlichen Gerichte als Regel, in manchen Ländern, wie Thüringen, sogar ohne Ausnahme. Häufig genug sind die ordentlichen Gerichte, vor allem das Reichsgericht, in die Lage gekommen, die Zulässigkeit des Rechtswegs zu bejahen oder zu verneinen. Doch bestehen in einer Reihe von Ländern besondere Gerichtshöfe zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten[1]. Möglich ist dies nur kraft einer reichsrechtlichen Gestattung im § 17$^{\text{II}}$ GVG., die auch bindende Richtlinien für die Zusammensetzung und die Tätigkeit dieser Behörden enthält. Hiernach werden die Mitglieder für die Dauer des zur Zeit ihrer Ernennung von ihnen bekleideten Amtes oder, falls sie zu dieser Zeit ein Amt nicht bekleiden, auf Lebenszeit ernannt; sie sind unabsetzbar wie die Mitglieder des Reichsgerichts. Mindestens die Hälfte der Mitglieder muß dem Reichsgericht oder dem Obersten Landesgericht (Bayern) oder einem Oberlandesgericht angehören; bei Entscheidungen dürfen Mitglieder nur in der gesetzlich bestimmten Anzahl mitwirken, so daß also Zufallsmehrheiten ausgeschlossen sind; diese Anzahl muß ungerade sein und mindestens fünf betragen. Das Verfahren ist gesetzlich zu regeln; die Entscheidung ergeht in öffentlicher Sitzung nach Ladung der Parteien. Einige Länder, wie Bayern und Hessen[2], haben den Geist der Zeit erkannt, entnehmen die zweite Hälfte der Mitglieder aus den Mitgliedern des Verwaltungsgerichtshofs und machen so die Behörde zu einem wirklichen Gericht. Bremen hat nach EG. GVG. § 17 erreicht, daß das Reichsgericht zur Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten innerhalb des Landes eingesetzt wurde[3]. In Preußen dagegen[4] und auch anderswo ist der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte nicht mehr als eine Versammlung von Richtern und Beamten der aktiven Verwaltung. Dem preußischen Gerichtshof z. B. gehörten 1931 an: vier Senatspräsidenten beim Kammergericht, zwei Kammergerichtsräte, ein Ministerialdirektor (sogar als Vorsitzender), ein Ministerialdirigent und drei Ministerialräte. Bedenkt man, daß dieser Gerichtshof im einzigen Rechtszuge entscheidet, also keinen weiteren Richter über sich hat, und daß mit der Verneinung der Zulässigkeit des Rechtsweges vielfach die Möglichkeit einer jeden gerichtlichen Entscheidung genommen ist, so begreift man, daß der Gerichtshof sich keiner großen Beliebtheit bei der Bevölkerung erfreut.

Die Bevorzugung der ordentlichen Gerichte bleibt in gewissem Umfange selbst dort bestehen, wo es Kompetenzgerichtshöfe gibt. Die Gerichte brauchen nie von sich aus eine Entscheidung des KompGH. herbeizuführen; dies ist vielmehr Sache der Verwaltungsbehörden oder, beim negativen Kompetenzkonflikt, der Parteien. Der Satz: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs“ tritt auch in Ländern mit KompGH. in volle Wirksamkeit, sobald das die Zulässigkeit des Rechtswegs bejahende Urteil eines ordentlichen Gerichts ohne vorherige Erhebung des Kompetenzkonflikts rechtskräftig geworden ist (GVG. § 17$^{\text{II}\,4}$). Nach einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts endlich[5], die sich das preußische Gesetz vom 22. Mai 1902 dann zu eigen machte, ist die Erhebung des Kompetenzkonflikts nicht mehr zulässig, wenn der Rechtsstreit bis ans Reichsgericht gediehen, genauer, sobald ein mit der Revision ans Reichsgericht anfechtbares Urteil ergangen ist.

Man unterscheidet den positiven und den negativen Kompetenzkonflikt.

Ein positiver Kompetenzkonflikt liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörden den Rechtsweg in einem bei den Gerichten anhängigen bürgerlichen

---

[1] Solange die Gerichte so oder ähnlich heißen, ist eine Verdeutschung des Namens, etwa mit „Zuständigkeitsgerichtshöfe“ (vgl. z. B. BayVerwBl. 78, 1930, S. 26), nicht angängig.

[2] Bay. G. v. 18. Aug. 79 Art. 2; hess. VerwRPflG. v. 8. Juli 11 Art. 8.

[3] VO. v. 26. Sept. 79 (RGBl. S. 298).

[4] VO. v. 1. Aug. 79, Ges. v. 22. Mai 02.

[5] RG. 22. Mai 01, RGZ. 48, 195ff.

Rechtsstreite für unzulässig erachten und deshalb der Kompetenzkonflikt erhoben wird. Ein Grundbesitzer in Preußen hat z. B. gegen einen Landlieferungsverband Klage beim Landgericht auf Feststellung erhoben, daß er dem Verbande nicht angehöre; hält der Minister für Landwirtschaft, Domänen und Forsten die Zuständigkeit der Landeskulturbehörden zur Entscheidung des Rechtsstreits für gegeben, so kann er dem Landgericht schriftlich erklären, daß der Rechtsweg für unzulässig erachtet werde. Damit ist der Kompetenzkonflikt erhoben, das Verfahren vor dem Landgericht wird unterbrochen. Nach Anhörung der Parteien wird ein Gutachten des Oberlandesgerichts eingeholt, sodann werden die Akten dem Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte vorgelegt. Der Gerichtshof entscheidet auf Grund mündlicher Verhandlung in öffentlicher Sitzung, die Parteien des landgerichtlichen Verfahrens werden geladen und können verhandeln. Die Entscheidung lautet entweder auf Zulässigkeit oder auf Unzulässigkeit des Rechtswegs. Man sollte meinen, daß damit die Frage des Rechtsweges endgültig aus der Welt geschafft sei. Bei der Entscheidung auf Unzulässigkeit des Rechtswegs ist dies auch der Fall, das Landgericht darf sich mit der Klage nicht mehr befassen. Bei der Entscheidung auf Zulässigkeit des Rechtswegs meint aber das Reichsgericht[1], daß sie das Gericht nicht hindere, den Rechtsweg von sich aus für unzulässig zu erklären, eine Ansicht, für deren Richtigkeit man anführen kann, daß vielleicht eine ganz andere Verwaltungsbehörde zuständig ist als die, zu deren Gunsten der Kompetenzkonflikt erhoben wurde. Um ein solches Hin- und Herpendeln zwischen Justiz und Verwaltung zu verhindern, bestimmt das erwähnte preußische Gesetz vom 22. Mai 1902, daß mit der Zulässigkeitserklärung des Rechtswegs die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen werde. Das Gesetz macht also die Verwaltungsbehörden und -gerichte für den schwebenden Fall unzuständig, selbst wenn sie nach allgemeinen Vorschriften zuständig sein sollten[2]. Es ist klar, daß dieser seltsame Ausweg nur bei Landesbehörden zulässig ist, nicht auch bei Reichsbehörden.

Ein negativer Kompetenzkonflikt ist gegeben, „wenn in einer Sache einerseits die Gerichte und andererseits die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte ihre Unzuständigkeit endgültig ausgesprochen haben, weil von den Gerichten die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte und von diesen die Gerichte für zuständig erachtet sind“ (pr.VO.v.1.Aug.1879 §21). Hat in einem solchen Falle das Reichsgericht den Rechtsweg für unzulässig erklärt, dann bindet seine Entscheidung auch die Verwaltungsbehörden. In allen übrigen Fällen kann die eine oder die andere Partei den Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte anrufen. Der Gerichtshof entscheidet bindend, ob die Gerichte oder ob die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig sind, und hebt die widersprechende Entscheidung des Gerichts, der Verwaltungsbehörde oder des Verwaltungsgerichtes auf.

Die Entscheidung des KompGH. beim negativen Kompetenzkonflikt soll die Parteien vor der drohenden Justizverweigerung bewahren und wird daher nie als Eingriff in ein geordnetes Verfahren empfunden werden. Dagegen stellt der positive Kompetenzkonflikt das Rechtsgefühl des Bürgers auf eine harte Probe, zumal die Erfahrung lehrt, daß die Gerichtshöfe zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten die Zulässigkeit des Rechtswegs weniger gern bejahen als das Reichsgericht. Der Kampf des Reichsgerichts mit dem preußischen KompGH. über die uneingeschränkte Zulässigkeit des Rechtswegs bei Geltendmachung der Amtshaftung nach RV. Art. 131 ist noch in Erinnerung[3]. Dadurch kommt ein Element

[1] RG. III 25. März 84, RGZ. 11, 391ff.
[2] Vgl. OPPENHOFF Ressortverhältnisse[2] 1904 S. 492f.
[3] Vgl. die Darstellung bei RG. III 20. Febr. 23, RGZ. 106, 35.

der Zufälligkeit in den geordneten Rechtsgang. Es hängt bei gleichlaufenden Prozessen ganz von der Wachsamkeit der Verwaltungsbehörden ab, ob das Verfahren unbehelligt bis ans Reichsgericht gelangt oder durch Erhebung des Kompetenzkonflikts jäh abgebrochen und ob der Prozeß in der Sache selbst zugunsten oder zuungunsten des Klägers entschieden wird. So richtig die Kompetenzgerichtshöfe in der großen Mehrzahl der Fälle entscheiden, so neigen sie doch zu einem typischen, für den Rechtsschutzsuchenden verhängnisvollen Fehler: sie erklären den Rechtsweg bisweilen wegen bloßen Hineinspielens einer öffentlichrechtlichen Vorfrage für unzulässig, während dies doch französischem, aber nicht deutschem Rechte entspricht. Ein Offizier berichtet über einen andern wider besseres Wissen an die Vorgesetzten und bewirkt so dessen Verabschiedung. Der Verabschiedete belangt den Verleumder auf Schadensersatz wegen sittenwidriger Schadenszufügung (BGB. § 826). Kompetenzkonflikt wird erhoben und für begründet erklärt[1], obgleich der Fall rein privatrechtlich liegt und das Hineinspielen der Kommandogewalt nur eine Vorfrage darstellt. A verlangt Berichtigung des Grundbuchs zu seinen Gunsten; das Grundstück sei ihm zwar enteignet worden, die Enteignung sei aber nichtig[2]. Oder B erhebt Räumungsklage gegen seinen Zwangsmieter, da dessen Einweisung nichtig sei[3]. In beiden Fällen ist die Hauptfrage eine solche des Privatrechts, deren Entscheidung allerdings von der Entscheidung je einer öffentlichrechtlichen Vorfrage abhängt. Auch kann man nicht sagen, der Rechtsweg werde auf diese Weise erschlichen, denn es gibt in der Tat nichtige Enteignungen und Wohnungsbeschlagnahmen. In beiden Fällen mußte daher der Kompetenzkonflikt für unbegründet erklärt werden[4], in beiden Fällen aber entschieden die Kompetenzgerichtshöfe anders.

## § 4. Überblick über die Verwaltungsorganisation.

Otto Mayer I S. 16f., II S. 352ff., 382ff.; Fleiner S. 92ff., 99ff., 120ff.; Schoen S. 214ff.; Hatschek S. 60ff., 71ff., 102ff., 112ff., 332ff.; Loening S. 28ff.; G. Meyer-Anschütz S. 381ff.; G. Meyer-Dochow S. 32ff.; Ernst v. Meier in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der RW.[6] II 1904 S. 653ff.; Herrnritt S. 173ff.; Merkl S. 290ff., 308ff., 334ff., 342ff.; Bühler im HdbDStR. I 1930 S. 586ff., 688ff.; Nawiasky Bay. Verfassungsrecht 1923 S. 412ff. — G. Jellinek Allg. Staatslehre[3] 1914 S. 625ff.; C. Ferraris La nozione scientifica del dicentramento amministrativo 1898; H. Peters Zentralisation und Dezentralisation 1928; Girola Teoria del decentramento amministrativo 1929. J. Niedner Die Geschäftsform der Behörden, ZPolit. 6 (1913) S. 159ff.; derselbe Individualismus und Sozialismus in der Verwaltungsorganisation, ZPolit. 7 (1914) S. 337ff.; Merkl Demokratie und Verwaltung 1923; Ball Organisationsprobleme der Finanzverwaltung. Ein Beitrag zur Verwaltungslehre, VJSchrSteuFinR. 1 (1927) S. 523ff. — Bartels Kann der Regierungspräsident als Vorsitzender des Bezirksausschusses mit Anweisungen versehen werden? PrVerwBl. 49 (1928) S. 49ff.; Altemöller desgl., ebenda S. 405f. Über Abstimmungsfragen Derks in BayGemZ. 37 (1927) Sp. 545ff.; Helmreich ebenda 38 (1928) Sp. 481ff.; Stier-Somlo u. Falk im RVerwBl. 50 (1929) S. 565ff., 731; PrOVG. 25. Apr. 30, DJZ. 1930 Sp. 1269.

Kahl Über Einheit im Gebiete des deutschen Verwaltungsrechts, SchmollersJ. 27 (1903)

---

[1] PrKompGH. 14. Dez. 07, DJZ. 08 Sp. 488. Richtiger in einem ähnlichen Falle KG. 25. Juni 09, v. Kamptz-Delius Rechtspr. d. RG. u. KG. ErgBd. 1911 S. 5. Vgl. auch unten § 14 a. E.

[2] PrKompGH. 20. März 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 530f. u. JW. 1926 S. 2652ff. mit zustimmender Anmerkung von Benkard. Ähnlich MecklSchwKompGH. 29. Apr. 24, MecklZ. 41 (1925) Sp. 37ff.

[3] PrKompGH. 30. Juni 23, PrVerwBl. 45 (1924) S. 155ff. Ebenso BayKompGH. 6. Febr. 24, BayGemZ. 1924 Sp. 509f. — Weitere Beispiele bei W. Jellinek Schutz des öff. Rechts, VStaatsRL. 2 (1925) S. 76ff.; Massmann FischersZ. 66 (1931) S. 129ff. Vgl. ferner ÖVerfGH. 5. Nov. 27, JBl. 56 (1927) S. 345ff., berühmte KompKonflEntsch. über Dispensehen, von der aber ÖVerfGH. 7. Juli 30, JW. 1931 S. 684ff., wieder abrückt.

[4] Vgl. z. B. RG. V 24. Febr. 21, BayZ. 1921 S. 151; BadKompGH. 25. Apr. 25, BadVerwZ. 1925 S. 126f., dazu Goll ebenda 1927 S. 121ff.

S. 1ff.; FRIEDRICHS Die Verteilung der Verwaltungstätigkeit zwischen Reich, Staat und Kommunen, Stusev. 1922/23 S. 257ff.; LASSAR Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung, JahrbÖffR. XIV 1926 S. 1ff., desgl. in: HARMS Recht u. Staat I 1929 S. 207ff. — Verwaltungsaufbau, Steuerverteilung und Lastenverteilung im Deutschen Reich. Bearbeitet im Statistischen Reichsamt 1929; APELT Der Instanzenzug der Verwaltung in Reich und Ländern 1929. — Artikel „Behördenorganisation" von G. MEYER-ANSCHÜTZ und FLEISCHMANN im WStVR. I; STIER-SOMLO Artikel „Verwaltungsbehörden, Verwaltungsorganisation" im HWBRW. VI 1929; Artikel „Anhalt", „Baden" usw. im WStVR. und im HWBRW.; zahlreiche sonstige Artikel in diesen Wörterbüchern und im HWBKommunalW.; Wort „Behördenorganisation" in der Deutschen Verwaltungs-Kartothek von GIESE, HOCHE u. KAISENBERG, seit 1926. — Die Sammlung „Das öffentliche Recht der Gegenwart" 1906—1914 mit „Jahrbuch des öffentlichen Rechts" 1907—14, 1920ff. und als Ergänzung dazu: VON RÖNNE-ZORN Das Staatsrecht der preußischen Monarchie[5] I 1899, II 1906, III 1. u. 2. Abt. 1915/16; GRAF HUE DE GRAIS-PETERS-HOCHE Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche[25] 1930; HEGELMAIER Die württ. Staatsvereinfachung des Jahres 1924, WüRV. 21 (1928) S. 33ff., 65ff.; KNAUTH Verwaltungsreformen in Thüringen, RVerwBl. 52 (1931) S. 85ff.; A. BERTRAM Das hamburgische Gesetz über den Aufbau der Verwaltung, HansRZ. 10 (1927) Sp. 407ff.; Aufsätze zur meckl.-schw. Amtsverwaltung von TATARIN-TARNHEYDEN im RVerwBl. 51 (1930) S. 763ff. und i. d. MecklZ. 47 (1930/31) Sp. 105ff., 159ff., der letzte — „Die Rechtsstellung des Amtshauptmanns" — 1931 erweitert auch selbständig erschienen; RegRat. WEDEMEYER Die bremische Verwaltungsreform, DJZ. 1928 Sp. 730f.; BÖHMCKER Die lübeckische Verwaltungsreform 1928/29, HansRGZ. A 1929 Sp. 681ff. — Die Staatshandbücher u. dgl., nämlich: Handbuch f. d. Deutsche Reich 1931 (mit den Grundzügen des Verwaltungsaufbaues der Länder); Handbuch über den Preußischen Staat für das Jahr 1931; Bayerisches Jahrbuch 1931; Staatshandbuch für Sachsen (1927), Württemberg (I u. II 1928), Baden (1927), Thüringen (1926), Hessen (1928); Hamburgisches Staatshandbuch für 1929; Staatshandbuch für Mecklenburg-Schwerin (1930), Oldenburg (1929), Braunschweig (1929), Anhalt (1929), Bremen (1930), Lippe (1929), Lübeck (1926), Mecklenburg-Strelitz (1929), Schaumburg-Lippe (1931). — Die unter § 7 V 2 genannten Zusammenstellungen von Verwaltungsgesetzen.

G. JELLINEK System der subjektiven öffentlichen Rechte[2] 1905 S. 275ff. — Schriften und Aufsätze über Selbstverwaltung von GLUTH 1887, NEUKAMP, ArchÖffR. 4 (1889) S. 377ff., 525ff., BLODIG 1894, HATSCHEK 1898, DERSELBE Art. „Selbstverwaltung" im WStVR. III, K. LAMP 1905, PREUSS i. d. Festg. f. LABAND II 1908 S. 197ff., DERSELBE Art. „Selbstverwaltung" im HWBKommunalW. III, Jos. REDLICH 1910, BEYER, ZStaatsW. 65 (1909) S. 129ff., W. v. BLUME 1917, TATARIN-TARNHEYDEN 1925, BRILL Jen. Diss. 1928, KÖRNER ZÖffR. 9 (1929) S. 66ff., WEGNER AschaffenburgsMSchr. 1930, Beiheft 3 S. 42ff., VON LEYDEN in: HARMS Recht u. Staat I 1929 S. 312ff. und RVerwBl. 51 (1930) S. 445ff., LAFORET ZSelbstv. 13 (1930) S. 313ff. — Verfassungs- und Verwaltungsorganisation der Städte, Schriften des Vereins für Sozialpolitik 117. Bd. u. ff., 1905ff.; STIER-SOMLO, L. v. KÖHLER und HELFRITZ Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts in Deutschland, VStaatsRL. 2 (1925) S. 122ff., 181ff., 223ff.; MOST Die deutsche Stadt und ihre Verwaltung[2], 3 Göschen-Bändchen, 1926; DOMINICUS Selbstverwaltung, Teubners Handbuch der Staats- u. Wirtschaftskunde I II 4 1926; REUSS Die Haupttypen der Gemeindeverfassungsformen, Stusev. 1927 S. 151ff.; STIER-SOMLO Art. „Gemeinde, Gemeindeverband", „Stadtverfassung und -verwaltung" im HWBRW. II 1927, V 1928; K. MASS Die Selbstverwaltung in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung Preußens 1928; HENSEL Kommunalrecht und Kommunalpolitik in Deutschland 1928; OEHLER Verfassung und Verwaltung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände 1929; NEUBAUER-KLEINSORG Das Stadtverfassungsrecht Deutschlands 1930; E. WALZ „Die Beamten-Hochschule" II 4 B II (1930); NOLTE Neuordnung der städt. Gemeindeorganisation 1930; DELBEZ Le régime municipal allemand, Revue du droit public 47 (1930) S. 5ff. — Gegenwartsfragen der Kommunalverwaltung, her. v. d. Verwaltungsakademie Berlin 1929; Vorträge von POPITZ, MULERT und GEREKE in: HARMS Volk und Reich der Deutschen II 1929. — Über RV. Art. 127 insbesondere STIER-SOMLO ArchÖffR. 56 (1929) S. 1ff., 58 (1930) S. 255ff., GLUM ArchÖffR. 56 (1929) S. 379ff., BRAUWEILER in NIPPERDEY II 1930 S. 193ff., RIESS RVerwBl. 51 (1930) S. 400ff., HOFACKER Auslegung der Grundrechte 1931 S. 22.

ERLER Die verwaltungspolitischen Ideen der 1848er Bewegung, ihre Grundlagen u. Auswirkungen unter besonderer Berücksichtigung der Gesetze von 1850, Münst. Diss. 1928. — SCHOEN Das Recht der Kommunalverbände in Preußen 1897; PREUSS Das städtische Amtsrecht in Preußen 1902; KINNE Autonomie der Kommunalverbände in Preußen 1908; MATTHIAS Die städtische Selbstverwaltung in Preußen[2] 1912; STIER-SOMLO Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen[2] 1928; HELFRITZ Grundriß des preußischen Kommunalrechts[2] 1927; DERSELBE Kommunalrecht, in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze VII[19] 1930; H. PETERS Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen 1926; W. u. G. BOLDT Stadtverfassung und Stadtverwaltung in Preußen 1931. — H. MAULL Die Landgemeindeordnungen Preußens[3] 1930; DERSELBE Die Städteordnungen Preußens 1927; REMME-KÖCHLING Das Kommunalrecht in der Provinz Hannover 1930 (Gesetzestexte). —

Kommentare: zur pr. StädteO. f. d. östl. Prov. von OERTEL[6] 1914, LEDERMANN[2] 1913, LOSCHELDER 1931, zur pr. LGemO. f. d. östl. Prov. von ST. GENZMER[5] 1914, zur StädteO. f. Schleswig-Holstein von GERSTMEYER[2] 1913, zur rh. LGemO. von R. SCHMIDT[3] 1907. DREWS Westliche Landgemeindeverfassung und Selbstverwaltung 1927; ELLERINGMANN Die Neuregelung der Gemeinde- und Amtsverfassung in Westfalen und Rheinland 1928; DERSELBE Das funktionelle Verhältnis von Amt und Landgemeinde in Westfalen und Rheinland, Festschr. Westf. Verw-Akademie „Abt. Industriebezirk" Sitz Bochum 1929 S. 21ff. — HIRSCH Gesetz über die Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin 1920; WÖLBING desgl.[2] 1921; Berliner Stadtrecht, her. v. Magistrat d. Stadt Berlin, I 1926, II 1928; KÖRNER-BRELL Berliner Ortsrecht 1925; VON LEYDEN Die Berliner Verfassung 1930. — VON LEYDEN Das pr. Gemeindewahlrecht 1925, ErgH. v. LOSCHELDER 1929; BALL Das materielle Wahlprüfungsrecht 1931; FRIEDRICHS Recht der Gemeindevertreter in Preußen 1929. — Kommentare: zur bay. Gemeinde-, Bezirks- und Kreisordnung (Gesetze v. 17. Okt. 1927) von LAFORET, VON JAN und SCHADENFROH 1931, von STÖHSEL und STENGER I, II 1929, zur GemO. allein von WOERNER 1931, HELMREICH und ROCK[7] 1929, STÖHSEL und STENGER[2] 1930, zur sächs. GemO. von A. STREIT[3] 1928 (über die Neuordnung O. v. GEHE im ArchÖffR. N. F. 9, 1925, S. 56ff.; vgl. ferner R. SIEGERT Das Verhältnis der Gemeindeverordneten zum Gemeinderat 1927; TROITZSCH Die Gemeindeausschüsse, RVerwBl. 50, 1929, S. 298ff.; OETTICH Rechtsstellung des Bürgermeisters 1930), zur württ. GemO. von KÜCHLE 1930, RATH 1930, EBERHARDT 1930, zur bad. GemO. von GÜNDERT[4] 1927 (hervorzuhebende Einzelschrift: WALTHER MERK Bad. Gemarkungsrecht 1918; ferner CAHN-GARNIER Gedanken zur badischen Gemeindeordnung, BadVerwZ. 1927 S. 73ff., 89ff.), zur thür. Gem. u. KrO. von ZIEGER 1926 (zahlreiche Aufsätze in der ThürRdsch. von ZIEGER und anderen), zur meckl.-schwerinschen StädteO. von SAWITZ 1922, zur LGemO. von KLIEN 1927, zur old. GemO. von HOLLJE-ROSS-MÜNZEBROCK 1930 (vgl. auch E. BECKER Aus der Rechtsprechung des OVG. zur GemO., OldZ. 44, 1917, S. 40ff.), zur braunschw. StädteO., LGemO. u. KrO. von GROTEWOHL 1925, zum lipp. Gemeindeverfassungsgesetz von PETRI 1927 (DERSELBE i. d. PrGemZtg. 23, 1930, S. 220ff.). Vgl. ferner Textausgabe der hessischen LGemO. von FR. KOEHLER 1926, der hessischen StädteO. u. LGemO. bei REH Hessische Verwaltungsgesetze II 1926, Aufsätze von AULL und FEY in HessZ. 50 (1926) S. 7ff., 33ff.; ADAMOVICH, PFAUNDLER u. a. Die österreichische Gemeindegesetzgebung I 1925, II[2] 1927. — FRIEDRICHS Die Zweckverbandsgesetze 1912; NEUWIEM Die kommunalen Zweckverbände in Preußen 1919; STIER-SOMLO Art. „Zweckverbände" im HWBRW. VI 1929; HIRTSIEFER Verbands-Ordnung für den Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk vom 5. Mai 1920[2] 1930. — STIER-SOMLO Art. „Kreis- und Provinzialverfassung und -verwaltung" im HWBRW. III 1928; CONSTANTIN u. STEIN Die deutschen Landkreise I, II, 1926; SCHAIBLE Verwaltungsorganisation der deutschen Landkreise, BadVerwZ. 1927 S. 45ff., 57ff.; CONSTANTIN u. H. PETERS Reichskreisordnung? 1927; H. MAULL Die Kreis- und Provinzialordnungen Preußens 1928; SEGER Die Kreisordnung f. d. Provinzen Ostpreußen usw. 1930; GOEZE Verfassung und Verwaltung der preußischen Provinzialverbände 1919; VON LEYDEN Wahlgesetz f. d. Provinziallandtage und Kreistage 1926, ErgH. v. LOSCHELDER 1929; HELMREICH Handausgabe d. bay. Bez.- u. KreisO.[3] 1928; GUBA Sächs. Bezirksrecht 1929; KOLLMANN Die Bezirksselbstverwaltung . . . insbes. in Württemberg, BayVerwBl. 77 (1929) S. 225ff. Für Baden vgl. SCHÜHLY ZSelbstv. 12 (1929) S. 506ff.

Schriftenreihe des Deutschen Städtetages. — Aufsätze in den Kommunalzeitschriften, wie „Deutsche Gemeinde-Zeitung und Provinzial-Zeitung", „Preußische Gemeinde-Zeitung", „Preußische Kommunalkassen-Zeitung", „Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung", „Zeitschrift für Kommunalwirtschaft", „Der Städtetag", „Der Reichsstädtebund" (früher „Kommunale Rundschau"), „Die Landgemeinde", „Jahrbuch der Landgemeinden", „Kommunale Umschau", „Die Gemeinde", „Rundschau für Kommunalbeamte", „Zeitschrift für Selbstverwaltung", „Kommunales Jahrbuch".

Aus früher dargelegten Gründen[1] beschränkt sich dieser Paragraph auf einen bloßen Überblick über die Behördenorganisation des Staats und der Kommunalverbände.

## I. Grundsätzliches.

Die Hauptfragen der Behördenordnung liegen begründet in dem Gegensatze von Zentralisation und Dezentralisation.

Die äußerste Form der zentralisierten Verwaltung wäre die Verwaltung des Gemeinwesens durch eine einzige, einköpfige Behörde. Sie kommt heute auch in kleinen Verhältnissen nicht mehr vor. Wenn man von zentralisierter Verwaltung, etwa von der nach unseren Begriffen stark zentralisierten französischen, spricht, so

---

[1] Vgl. oben S. 43f.

meint man damit nur die Verkümmerung der Dezentralisation, nicht deren Fehlen überhaupt. Wohl aber hat jede Verwaltung mehr oder minder starke Elemente der Zentralisation, sofern der Wille eines einzigen unbedingt maßgebend für die Führung der Verwaltung sein soll. Dies zentralisierende Element verkörpert im Reiche und in den Ländern außer den Hansestädten der Fachminister. So erläßt der Reichsminister der Finanzen an die ihm unterstellten Landesfinanzämter und Finanzämter, der preußische Minister des Innern an die ihm unterstellten Oberpräsidenten, Regierungspräsidenten, Landräte und Ortspolizeibehörden Weisungen, die zu befolgen sind und für den Bürger mittelbar große Bedeutung haben können. Am schärfsten ausgebildet ist die Zentralisation kraft unbedingter Befehlsgewalt im Heer und in der Marine.

Zentralisation begünstigt rasches und einheitliches Handeln, vernachlässigt aber andere Werte, wie örtliche Sachkunde, Mitwirkung der Beteiligten. Ihnen tragen die verschiedenen Formen der Dezentralisation Rechnung.

Dezentralisation liegt schon vor bei Ersetzung der einköpfigen Verwaltung durch die mehrköpfige (kollegiale). Einköpfige Verwaltung, meist unter dem unglücklichen Ausdruck der bürokratischen Verwaltung bekannt[1], bedeutet nicht nur Verwaltung durch eine aus einem einzigen Beamten bestehende Behörde, sondern ist immer dann gegeben, wenn innerhalb der Behörde der Wille eines einzigen entscheidet. So bestehen die Finanzämter aus vielen Beamten: dem Vorsteher, Regierungsräten, Obersteuerinspektoren, -sekretären und anderen. Aber entscheidend ist immer der Wille des Vorstehers. Zwar wird er vernünftigerweise den größten Teil der laufenden Arbeit seinen Hilfsarbeitern zur selbständigen Bearbeitung überlassen. Wird aber irgendeine Frage streitig oder behält er irgendeinen Fall der eigenen Bearbeitung vor, so mag er das ganze Finanzamt zu einer Besprechung versammeln und feststellen, daß sich seine Mitarbeiter einhellig in einem bestimmten Sinne aussprechen, und ist doch an diese Ansicht nicht gebunden, sondern kann tun, was er für richtig hält. Anders bei der mehrköpfigen Behörde, z. B. dem preußischen Bezirksausschuß. Hier hat jedes Mitglied volles Stimmrecht, und eine Überstimmung des Vorsitzenden ist möglich. Man kann sagen, daß die Kollegialität die den Hansestädten eigentümliche Form der Dezentralisation ist. So ist nach § 3 des hamburgischen Verwaltungsaufbaugesetzes vom 19. November 1926 der kollegiale Senat und nicht ein einzelner Senator die oberste Landes- und oberste Verwaltungsbehörde im Sinne der Reichsgesetze. Aber auch die von einem Senator geleiteten Behörden, wie Finanzdeputation, Polizeibehörde, sind, trotz der überragenden Stellung des „Präses", in den „Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung" (§ 14$^{I}$) insofern kollegial gestaltet, als die Stimme des Präses nur bei Stimmengleichheit den Ausschlag gibt (§ 16$^{I}$). Ähnlich liegen die Verhältnisse in Bremen und Lübeck.

Die Dezentralisation durch Mehrköpfigkeit verbindet sich meist mit der durch Wahlamt und Ehrenamt. Im Volke herrscht die nicht ganz unberechtigte Vorstellung, daß ein von „oben" ernannter Beamter abhängiger von der Regierung sei als ein von „unten" gewählter. Die Wirklichkeit bestätigt diese Ansicht z. B. beim Vergleiche des Oberbürgermeisters einer preußischen kreisfreien Stadt mit einem Landrate. Beide sind als Polizeibehörden dem Regierungspräsidenten in gleicher Weise zum Gehorsam verpflichtet, aber es ist ein offenes Geheimnis, daß der Regierungspräsident beim gewählten Bürgermeister auf größere Widerstände stößt als beim ernannten Landrat, daher denn auch jede Eingemeindung eines Stückes Landkreis in eine kreisfreie Stadt eine Machtverringerung für die vorgesetzten Behörden bedeutet. Ähnlich verhält es sich mit dem Ehrenamt. Wer vom Staate kein

---

[1] Besser der Ausdruck „Einheitsbehörde" im ThürANachrBl. I 1930 S. 207.

Geld für seine amtliche Tätigkeit erhält, fühlt sich ihm gegenüber unabhängiger. Am stärksten wird sich das Gefühl des Volkes, von seinesgleichen, von ihm „selbst" verwaltet zu sein, bemerkbar machen, wenn sich Wahlamt und Ehrenamt verbinden, wie z. B. bei den gewählten Mitgliedern des preußischen Bezirksausschusses. Man nennt daher diese Art der Verwaltung im Anschlusse an das englische selfgovernment Selbstverwaltung, allerdings nicht in dem scharfen rechtlichen Sinne, der uns noch beschäftigen wird, sondern im tatsächlich-politischen Sinne. In Deutschland findet man sie namentlich in der Form von gemischten Behörden, d. h. aus Berufsbeamten und Laienmitgliedern zusammengesetzten Behörden, wie Kreisausschuß, Bezirksausschuß, Provinzialrat, und verbindet sie mit dem Namen des nationalliberalen Politikers und Berliner Staatsrechtslehrers RUDOLF VON GNEIST (1816—1895), der sie in Preußen heimisch machte[1].

Außer der Schwächung des einheitlichen Staatswillens durch Mehrköpfigkeit, Wahlamt und Ehrenamt, deren dezentralisierende Wirkungen man deutlich an den Soldatenräten innerhalb des Heeres Ende 1918 verspürte, ist besonders wichtig die Dezentralisation im räumlichen Sinne, auch als „Dekonzentration" bezeichnet[2]. Trotz aller Vervollkommnung des Fernsprechverkehrs wird es nur den Stadtstaaten möglich bleiben, vom Rathause aus zu regieren, und auch ihnen nur in der Hauptgemeinde selbst, nicht in den räumlich entlegeneren Gebieten, wie Cuxhaven, Bremerhaven. Jeder Flächenstaat dagegen bedarf zum mindesten neben der Zentralbehörde einer örtlichen Behörde, meist noch einer oder mehrerer Mittelbehörden. In Preußen z. B. geht die längste Stufenfolge vom Minister des Innern über den Oberpräsidenten zum Regierungspräsidenten, von hier über den Landrat zum Amtsvorsteher und endigt für gewisse Staatsaufgaben erst mit dem Gemeindevorsteher.

Die schärfste Ausprägung aber erhält die Dezentralisation durch die Selbstverwaltung im rechtlichen Sinne. Während die Selbstverwaltung im tatsächlich-politischen Sinne rechtlich betrachtet Staatsverwaltung ist, allerdings durch Wahlamt und Ehrenamt dezentralisierte, ist die Selbstverwaltung im rechtlichen Sinne Verwaltung durch besondere, vom Staate getrennte juristische Personen des öffentlichen Rechts, die sog. Selbstverwaltungskörper. Für die Darstellung der Verwaltungsorganisation ragen aus allen übrigen Trägern der Selbstverwaltung die Kommunalverbände hervor, d. h. die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, deren Gewalt jedermann unterworfen ist, der sich auf ihrem Gebiete aufhält. In erster Linie sind dies die Städte und die Landgemeinden, dann die Kommunalverbände höherer Ordnung, wie die preußischen Kreise und Provinzen. Auch die Vorstellung dieser Art von Selbstverwaltung verbindet sich mit einem berühmten Namen, dem des FREIHERRN VOM STEIN, dessen geniale „Ordnung für sämtliche Städte der preußischen Monarchie" vom 19. November 1808 richtunggebend für das Städtewesen ganz Deutschlands geworden ist[3]. Die Kommunalverbände sind trotz aller ihnen gelassenen Freiheit staatlicher Aufsicht unterworfen, die sich im wesentlichen darauf beschränkt, die Innehaltung der Gesetze zu überwachen, soweit es sich um „Selbstverwaltungsangelegenheiten" handelt. Darüber hinaus überträgt aber der Staat den Gemeinden auch gewisse staatliche Aufgaben zur

---

[1] GNEIST Das Selfgovernment und die Verwaltungsgerichte in England[3] 1871 S. 879ff. Über ihn BORNHAK Rudolf von Gneist, ArchÖffR. 11 (1896) S. Iff.; SCHIFFER Rudolf von Gneist 1929; E. MEISTER Kampf der Konservativen und Liberalen um die Begründung der Selbstverwaltung bei der Gneist'schen Verwaltungsreform, Münst. Diss. 1929. Vgl. auch Art. 59 I, II hamb. Verfassung v. 7. Jan. 1921.

[2] Vgl. BERTHÉLEMY Traité élémentaire de droit administratif[12] 1930 S. 117.

[3] Vgl. CLAUSWITZ Die Städteordnung von 1808 und die Stadt Berlin, 1908; O. v. GIERKE Die Städteordnung von 1808 und die Stadt Berlin, SchmollersJ. 36 (1912) S. 369ff.; H. WENDT Die Steinsche Städteordnung in Breslau, 1909.

Verwaltung unter strenger Unterordnung unter den Staat oder verwendet geradezu eine bestimmte Gemeindebehörde, etwa den Bürgermeister, als Staatsbehörde („Auftragsangelegenheiten")[1]. Für die Behördenordnung der inneren Verwaltung ist es in fast ganz Deutschland sogar üblich, daß, wenigstens in den Städten, die Aufgaben der untersten staatlichen Behörde eine Gemeindebehörde wahrnimmt.

Diese einleitenden Erörterungen genügen zum Verständnis des nunmehr zu gebenden Überblicks über die Behördenordnung des Reichs, der Länder und der Kommunalverbände.

## II. Reichsbehörden.

Die Bestimmung der Reichsverfassung, daß die Reichsgesetze durch die Landesbehörden ausgeführt werden, soweit nicht die Reichsgesetze etwas anderes bestimmen (Art. 14), kommt in der Verwaltungsorganisation des Reiches deutlich zum Ausdruck. Zwar gibt es keinen wichtigen Verwaltungszweig, der nicht durch ein Ministerium vertreten wäre, aber die Mittelbehörden und örtlichen Behörden fehlen namentlich auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, hier ist der Umfang der sog. reichseigenen Verwaltung noch sehr gering. Die Machtbefugnisse des Reichsministers des Innern lassen sich daher in keiner Weise mit denen des preußischen Ministers des Innern vergleichen, dessen Dienstbefehl bis zur örtlichen Behörde durchdringt, während dem Reichsminister des Innern nur einige Sonderbehörden, fast alle mit dem Sitze in Berlin, unterstellt sind.

Mehrfach ist im Reiche die reichseigene Verwaltung mit der Landesverwaltung dergestalt verbunden, daß eine Reichsbehörde nur an der Spitze tätig ist. Von der Justiz her ist eine solche Stellung des Reichsgerichts zu den Land- und Oberlandesgerichten der Länder bekannt. Ähnlich ist die Stellung des Reichsoberseeamts zu den Seeämtern der Länder, des Reichsversicherungsamtes zu den Versicherungs- und Oberversicherungsämtern, die ebenfalls, trotz reichsgesetzlicher Ordnung, Landesbehörden sind, des geplanten Reichsjugendamtes zu den Jugend- und Landesjugendämtern.

Unvermischte reichseigene Verwaltung findet sich zunächst dort, wo eine Reichsbehörde sich ohne Mitwirkung irgendeiner Unterbehörde betätigt. Das Reichspatentamt und das Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung bieten Beispiele hierfür. Dann aber gibt es auch Reichsverwaltungen mit einem voll ausgebauten Behördensystem, so das Auswärtige Amt mit den ihm unterstellten Gesandtschaften und Konsulaten, das Reichswehrministerium mit der Heeresleitung und den Truppenteilen, der Marineleitung und der Flotte, das Reichspostministerium mit den Oberpostdirektionen, Post-, Telegraphen- und Fernsprechämtern.

Die für das Verwaltungsrecht bedeutsamste Organisation des Reichs aber ist die der Reichsfinanzverwaltung. Sie beruht im wesentlichen auf dem Reichsgesetze vom 10. September 1919 über die Reichsfinanzverwaltung, das dann in die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919 hineinverarbeitet wurde. An der Spitze steht der Reichsminister der Finanzen, dem seit Herbst 1926 nur noch ein Staatssekretär beigegeben ist und dessen Ministerium sich in vier Abteilungen, nämlich für Haushalt und Besoldung, für Zölle und Verbrauchsabgaben, für Besitz- und Verkehrssteuern und für Rechtsangelegenheiten, gliedert. Die Personalangelegenheiten bearbeitet eine Unterabteilung der Abteilungen II und III. Dem Reichsminister der Finanzen unterstellt sind die 26 Landesfinanzämter, von denen jedes außer der Präsidialstelle eine Abteilung für Besitz- und Verkehrssteuern (Abt. I) und eine solche für Zölle und Verbrauchsabgaben

[1] Näheres unten § 23 II 1.

(Abt. II) enthält. Während dem Landesfinanzamt vor allem die Aufgabe einer Aufsichts- und Beschwerdestelle zufällt, liegt die eigentliche Finanzverwaltung in den Händen der den Landesfinanzämtern nachgeordneten Finanzämter und der von der AO. ebenfalls als Finanzämter bezeichneten Hauptzollämter. Alle diese Behörden, vom Reichsminister bis zum Finanzamt, sind einköpfig (bürokratisch) geordnet. Dagegen herrscht Kollegialität bei den für die Steuern vom Einkommen, vom Ertrage, vom Vermögen und vom Umsatze zu bildenden Steuerausschüssen der Finanzämter, den dem Landesfinanzamt angegliederten Finanzgerichten und dem Reichsfinanzhof in München. Bei den Steuerausschüssen und den Finanzgerichten findet man auch jene oben geschilderte „Selbstverwaltung" im Sinne von Wahlamt und Ehrenamt, bei den Steuerausschüssen in lehrreicher Weise teils verbunden, teils getrennt, da der Ausschuß außer aus dem beamteten Vorsitzenden teils aus gewählten, teils aus ernannten ehrenamtlichen Mitgliedern besteht (AO. §§ 29, 30, 30e).

### III. Landesbehörden der inneren Verwaltung.

Da es eine Heeresverwaltung der Länder überhaupt nicht mehr, eine auswärtige Verwaltung kaum mehr gibt, die Steuerverwaltung der Länder an Bedeutung verloren hat und die Gerichtsverfassung im Prozeßrecht ihre Darstellung zu finden pflegt, kann sich der folgende Überblick auf die Darstellung der Behördenordnung der inneren Verwaltung beschränken.

1. Die Behördenordnung Preußens erhält ihr zum Teil eigenartiges Gepräge von der Größe des Landes und von seiner provinziell verschiedenen Geschichte. Hauptquelle für die Behördenordnung ist das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883, daneben gelten noch Bestimmungen anderer Gesetze, namentlich der Kreisordnungen und der Städteordnungen. Hervorzuheben ist, daß die dem Minister des Innern unterstellten Mittelbehörden nicht ausschließlich für die innere Verwaltung tätig sind, sondern auch von andern Ministern, wie dem Finanzminister und dem Unterrichtsminister, dienstliche Anweisungen erhalten.

An der Spitze der inneren Verwaltung steht der Minister des Innern. Unter dessen Oberleitung führt die Verwaltung in den Provinzen der Oberpräsident, in den Regierungsbezirken der Regierungspräsident, in den Landkreisen der Landrat, alle drei Berufsbeamte, die das Staatsministerium ernennt, und zwar die ersten beiden nach Art. 86 der preußischen Verfassung im Einvernehmen mit dem zuständigen Provinzialausschusse (einem Organe des höheren Kommunalverbandes „Provinz"), die Landräte auf anheimgegebenen Vorschlag des Kreistags (der Vertretung des höheren Kommunalverbandes „Kreis"). Für wichtige, im Gesetze besonders vorgesehene Angelegenheiten, die sog. Beschlußsachen, sind diesen Stellen bestimmte kollegiale Ausschüsse beigegeben: dem Oberpräsidenten der Provinzialrat, bestehend aus dem Oberpräsidenten oder dessen Stellvertreter („Vizepräsidenten") als Vorsitzenden, einem vom Minister des Innern ernannten weiteren Beamten und fünf vom Provinzialausschusse auf vier Jahre gewählten Mitgliedern; dem Regierungspräsidenten der Bezirksausschuß, bestehend aus dem Regierungspräsidenten als Vorsitzenden, zwei vom Staatsministerium ernannten höheren Beamten, von denen der eine zum Richteramte, der andere zum höheren Verwaltungsdienste befähigt sein muß und von denen einer zum Stellvertreter des Regierungspräsidenten im Vorsitze mit der Amtsbezeichnung „Verwaltungsgerichtsdirektor" bestimmt wird, und aus vier vom Provinzialausschusse auf vier Jahre gewählten Mitgliedern; dem Landrat endlich der Kreisausschuß, bestehend aus dem Landrat und sechs vom Kreistag auf vier Jahre gewählten Mitgliedern[1]. Der Kreisausschuß und der Bezirksaus-

---

[1] In Helgoland nach dem Gesetze v. 21. Juli 22 der Inselausschuß.

schuß sind außerdem Verwaltungsgerichte, der Kreisausschuß in einer weiteren Eigenschaft Organ des höheren Kommunalverbandes „Kreis". Während Oberpräsident und Landrat, abgesehen vom kollegialen Verfahren im Provinzialrat und im Kreisausschuß, einköpfige Behörden sind, bestehen bei den Bezirksregierungen neben der dem Regierungspräsidenten allein vorbehaltenen Präsidialabteilung (I) die kollegial beratenden, aber der einseitigen Einwirkung des Regierungspräsidenten nicht völlig entzogenen Abteilungen für Kirchen- und Schulwesen (II) und — außer in Münster i. W. — für direkte Steuern, Domänen und Forsten (III).

Bis hierher gilt die geschilderte Behördenordnung in ganz Preußen. Nur für Berlin bestehen noch zu erörternde Besonderheiten, außerdem fallen die Hohenzollernschen Lande aus dem Rahmen, insofern sie keinem Oberpräsidenten unterstellt sind und die Gliederung der Regierung in Abteilungen fortfällt. Noch fehlt aber der Unterbau der inneren Verwaltung, die Ortspolizeiverwaltung, der Teil der inneren Verwaltung also, mit dem der einzelne am leichtesten in Berührung kommt. Hier hat der Staat in einer größeren Anzahl von Städten das Heft dadurch völlig in die Hand genommen, daß er die wichtigeren Teile der Ortspolizei durch staatliche Polizeipräsidien, Polizeidirektionen oder Polizeiämter verwalten läßt[1]. Sonst vertraut der Staat die Ortspolizei in den östlichen Provinzen und in Schleswig-Holstein, außer in Neuvorpommern, wo der Magistrat die Ortspolizei verwaltet, und in Helgoland, wo der Landrat Ortspolizeibehörde ist[2], grundsätzlich den Bürgermeistern der Städte und den Amtsvorstehern an. Im Gegensatze nämlich zu andern Teilen Deutschlands bedient sich hier der Staat auf dem Lande nicht einfach der Gemeindevorsteher als örtlicher Polizeibehörden, sondern überträgt ihnen nur vereinzelt hoheitliche Befugnisse und faßt im übrigen die Landgemeinden zu Amtsbezirken mit juristischer Persönlichkeit zusammen, über die ein vom Kreistag auf sechs Jahre gewählter, vom Oberpräsidenten zu bestätigender Amtsvorsteher gesetzt ist. Ihm beigegeben ist für die Erledigung bestimmter Aufgaben ein unter seinem Vorsitz tagender, aus Vertretern sämtlicher zum Amtsbezirke gehörigen Gemeinden bestehender Amtsausschuß. Der Minister des Innern kann größere Landgemeinden zu Amtsbezirken erklären. In diesem Falle ist der Gemeindevorsteher zugleich Amtsvorsteher, die Gemeindeversammlung oder -vertretung zugleich Amtsausschuß. Während in kleineren Städten die Bürgermeister unter dem Landrat stehen, sind die größeren Städte[3] kreisfrei, also unmittelbar dem Regierungspräsidenten untergeordnet. Sie bilden dann Stadtkreise; an die Stelle des Kreisausschusses tritt der aus dem Bürgermeister und vier vom Magistrate aus seiner Mitte gewählten Mitgliedern bestehende Stadtausschuß. Eine Sonderstellung nimmt Berlin ein. Berlin bildet einen Provinzialverwaltungsbezirk für sich, gehört also nicht zur Provinz Brandenburg[4], der Oberpräsident der Provinz Brandenburg ist aber zugleich Oberpräsident von Berlin. Da Berlin keinem Regierungspräsidenten untersteht, übt der Oberpräsident die Staatsaufsicht aus, die übrigen Zuständigkeiten des Regierungspräsidenten verteilen sich auf den Oberpräsidenten und den Polizeipräsidenten. An die Stelle des Regierungspräsidenten in seiner Eigenschaft als Vorsitzenden des Bezirksausschusses tritt ein besonderer vom Staatsministerium zu ernennender Beamter. Auch sonst bestehen für den Bezirksausschuß Berlin besondere Vorschriften.

---

[1] Vgl. die Übersicht bei Köttgen im JahrbÖffR. 18 (1930) S. 49f.

[2] G. ü. d. Verwaltung der Insel Helgoland v. 21. Juli 22 § 2 II. Die Sonderstellung Neuvorpommerns hört allerdings mit dem 30. Sept. 31 auf: PolG. 1931 § 3 III.

[3] Bis zum Inkrafttreten des § 50 EG. z. Neugliederungsgesetz v. 29. Juli 29 in der Regel die mit mehr als 25000 Einwohnern. Wegen der kreisangehörigen Städte mit mehr als 10000 Einwohnern vgl. Popitz im VerwArch. 19 (1911) S. 337ff.

[4] Vgl. PrOVG. 14. März 29, Entsch. 84, 340ff.

In den anderen Provinzen gelten für die Verwaltung der Ortspolizei einige abweichende Bestimmungen. Ortspolizeibehörde in Hannover ist in den Städten, allerdings nur noch bis zum 30. September 1931, der Magistrat, in den Landgemeinden der Landrat. In den übrigen Provinzen bleibt es bei der Regel, daß in den Städten der Bürgermeister die Ortspolizei handhabt, während die ländliche Ortspolizeiverwaltung, abweichend von den östlichen Provinzen und Schleswig-Holstein, so geordnet ist, daß Ortspolizeibehörden in Hessen-Nassau und in Hohenzollern die Gemeindevorsteher sind, die hier, wie in den Städten, Bürgermeister heißen, in Westfalen und in der Rheinprovinz die Bürgermeister der Ämter. Soweit die westfälischen und die rheinischen Ämter sich nicht auf den Bezirk einer einzelnen Gemeinde beschränken, sind sie, die ersten in der Regel, die zweiten immer, Kommunalverbände, die sich zwischen Gemeinde und Kreis schieben.

2. Der Behördenaufbau in Bayern gestaltet sich wesentlich einfacher. Dem Staatsministerium des Innern unterstellt sind zunächst die acht Kreisregierungen, an deren Spitze je ein Präsident steht und die sich in je eine Kammer des Innern und eine Kammer der Forsten gliedern. Die Kreise sind in Bezirke eingeteilt, deren Verwaltung in den Händen der Bezirksämter liegt. In bestimmten wichtigeren Angelegenheiten ist der Bezirksamtsvorstand an die Mitwirkung des Bezirksausschusses, eines vom Bezirkstage aus seiner Mitte gewählten Kollegiums, gebunden. Der Bezirksausschuß entspricht etwa dem preußischen Kreisausschusse, doch hat der den Vorsitz führende Bezirksamtsvorstand kein Stimmrecht. Die Ortspolizei ist, wie in Preußen, Gemeindebehörden anvertraut, nur in einigen größeren Städten gibt es staatliche Polizeidirektionen. Ortspolizeibehörde ist im allgemeinen der erste Bürgermeister, die ortspolizeilichen Vorschriften erläßt der Gemeinde-(Stadt-)rat. Wie es in Preußen kreisfreie oder regierungsunmittelbare Städte gibt, gibt es in Bayern, in der Regel schon von 10000 Einwohnern an, kreisunmittelbare Städte, in denen dann der Stadtrat oder ein beschließender Ausschuß (Senat) neben den ortspolizeilichen auch die bezirkspolizeilichen Befugnisse ausübt, mit der Maßgabe allerdings, daß auch hier die Handhabung der Sicherheitspolizei dem ersten Bürgermeister allein zusteht.

3. In Sachsen geht die Stufenfolge vom Ministerium des Innern über die Kreishauptmannschaften zu den Amtshauptmannschaften. Die Kreishauptmannschaften sind in der Regel einköpfige Behörden, die Beamten der Kreishauptmannschaft sind nur Gehilfen des Kreishauptmanns, nur als Rekurs- und Beschwerdebehörde, ferner als Verwaltungsgericht, entscheidet die Behörde in dreiköpfiger Besetzung kollegial. Außerdem steht aber der Kreishauptmannschaft ein aus Abgeordneten der Bezirksverbände und der bezirksfreien Gemeinden gebildeter Kreisausschuß zur Seite, der unter dem Vorsitze des Kreishauptmanns in bestimmten Fällen kollegial berät und beschließt. Ähnlich ist der Amtshauptmann in bestimmten Fällen an die Mitwirkung des vom Bezirkstag gewählten Bezirksausschusses, dessen Vorsitzender er ist, gebunden, während er im übrigen ohne kollegiale Beratung entscheidet. Staatliche Ortspolizeibehörden gibt es nur in Chemnitz, Dresden, Leipzig (Polizeipräsidenten) und in Plauen (Polizeiamt), sonst verwaltet die Ortspolizei der Gemeinderat, der in der Regel nur aus dem Bürgermeister besteht, aber in größeren Gemeinden als mehrköpfige Behörde gebildet werden kann und in den Städten der im übrigen aufgehobenen revidierten Städteordnung unter der Bezeichnung „Stadtrat“ bis auf weiteres eine solche ist. Im Falle der Mehrköpfigkeit ist die Handhabung der Sicherheitspolizei einschließlich der Verkehrspolizei Aufgabe des Bürgermeisters allein. Die Einrichtung der bezirksfreien, d. h. keiner Amtshauptmannschaft untergeordneten, Städte gibt es auch in Sachsen. Die maßgebende Einwohnerzahl beträgt hier 30000.

4. Württemberg hat seine Verwaltung im Jahre 1924 dadurch vereinfacht, daß es durch VO. vom 10. März die Mittelbehörden, die „Kreisregierungen", aufhob. Dem Minister des Innern und der bei diesem Ministerium gebildeten Ministerialabteilung für Bezirks- und Körperschaftsverwaltung unterstehen jetzt unmittelbar die vom Landrat geleiteten Oberämter, einköpfige, vom Staate besetzte Behörden, denen aber für bestimmte Aufgaben kollegiale Bezirksräte beigegeben sind. Der Bezirksrat besteht aus dem Landrat als Vorsitzenden und sechs weiteren von der Amtsversammlung zu wählenden Mitgliedern. Ortspolizeibehörde ist in der Regel der Ortsvorsteher, der in den Städten mit mehr als 20000 Einwohnern „Oberbürgermeister", in den kleineren Städten und den Landgemeinden „Bürgermeister" heißt, die Württemberg bisher eigentümlichen Bezeichnungen „Stadtschultheiß" und „Schultheiß" sind seit dem 1. Dezember 1930 verschwunden. Seit dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 16. Dezember 1921[1] liegt aber die Sicherheits- und Kriminalpolizei in den großen und mittleren Städten in der Hand staatlicher Behörden, die in Stuttgart Polizeipräsidium, in Ulm, Heilbronn, Eßlingen, Friedrichshafen, Göppingen, Tübingen und Reutlingen Polizeidirektionen und sonst Polizeiämter heißen.

5. Baden war von jeher ein Land ohne Mittelbehörden. Die vier Landeskommissäre in Mannheim, Karlsruhe, Freiburg und Konstanz sind als „Bevollmächtigte" des Ministeriums des Innern gedacht, denen das Gesetz nur vereinzelte Zuständigkeiten, darunter allerdings auch die Staatsaufsicht über die Städte, überträgt und die den unmittelbaren Geschäftsverkehr zwischen Bezirksbehörde und Ministerium nicht hindern. Diese Bezirksbehörden sind die Bezirksämter, einköpfig organisierte, von einem „Landrat" geleitete Behörden, denen aber für bestimmte Angelegenheiten Bezirksräte zur Seite stehen. Vorsitzender im Bezirksrat ist der Vorsteher des Bezirksamts, die übrigen Mitglieder waren früher ernannte Ehrenbeamte, während sie jetzt in unmittelbarer Wahl von der Bevölkerung des Amtsbezirkes gewählt werden. Die Ortspolizei steht in der Regel den Gemeinden zu, Ortspolizeibehörde ist dann der Bürgermeister. Auf den Gebieten des Wohnungs- und Bauwesens, des Feuerschutzes und des Gesundheitswesens gilt diese Regelung in den Städten unbedingt, es sei denn, daß die Stadtgemeinde selbst eine andere Regelung wünscht, während in den übrigen Gemeinden gerade auf diesen Gebieten die Ortspolizei vom Bezirksamt verwaltet wird. Auch sonst nehmen die Bezirksämter oder besondere Polizeidirektionen kraft Übergangsrechtes oder kraft Zuweisung durch das Ministerium des Innern in gewissem Umfange ortspolizeiliche Befugnisse wahr. Bezirksfreie Städte gibt es in Baden nicht, doch kann das Ministerium des Innern einer Gemeinde Aufgaben der Landespolizei, also bezirkspolizeiliche Befugnisse, übertragen.

6. Nach der Landesverwaltungsordnung für Thüringen in der Fassung vom 22. Juli 1930 besteht im Bereiche der inneren Verwaltung als nachgeordnete staatliche Verwaltungsbehörde für das Gebiet jedes Landkreises und der Kreisabteilung Camburg das Kreisamt mit dem vom Staatsministerium u. U. auf Vorschlag der Kreisvertretung (Kreisrats) zu ernennenden Landrat als Vorsteher. Vorgesetzte Behörde ist das Ministerium des Innern. Örtliche Polizeibehörde ist in allen Gemeinden, ohne Unterscheidung zwischen Stadt- und Landgemeinden, der Bürgermeister, mit beschränktem Aufgabenkreis auch dort, wo eine Verordnung vom 14. Mai 1930 ihm wichtige Zuständigkeiten genommen und auf staatliche Polizeidirektionen oder -ämter übertragen hat. Auch Thüringen kennt die Einrichtung der kreisfreien, also unmittelbar unter dem Ministerium stehenden Städte, die dann Stadtkreise für sich bilden, z. B. Eisenach, Jena und Weimar,

---

[1] Vgl. hierüber L. v. Köhler Die Polizeireform in Württemberg, ArchÖffR. N. F. 3 (1922) S. 206ff. Das Gesetz wurde unter dem 24. August 1927 neu verkündet.

außerdem seit der Zuständigkeitsordnung vom 5. Juni 1930 zwölf unmittelbare Gemeinden, deren Aufsichtsbehörde ebenfalls das Ministerium ist, denen aber nicht alle Zuständigkeiten des Kreisamts übertragen sind. In bestimmten Angelegenheiten verfügt das Ministerium kollegial durch den Landesausschuß, das Kreisamt durch den Kreisausschuß, der Bürgermeister durch den Gemeinde- oder Stadtausschuß. Jeder Ausschuß besteht aus dem Vorsitzenden (Staatsminister, Landrat, Bürgermeister) und zwei, beim Landesausschuß ernannten, sonst gewählten, Mitgliedern.

7. Während in Thüringen, ähnlich wie in Württemberg und, abgesehen vom Landeskommissär, auch in Baden, die staatliche Mittelbehörde fehlt, erscheint sie wieder, wenn auch mit nur geringen Zuständigkeiten, in Hessen. Unter dem Ministerium des Innern stehen hier nämlich zunächst die Provinzialdirektionen und unter diesen erst stehen die Kreisämter. In Wirklichkeit fehlt es aber an besonderen Provinzialdirektoren, die Provinzialdirektoren der Provinzen Starkenburg, Oberhessen und Rheinhessen sind zugleich Kreisdirektoren der Kreisämter Darmstadt, Gießen und Mainz. Wichtiger sind die Befugnisse des vom Provinzialdirektor geleiteten Provinzialausschusses, der, ähnlich wie der bei den Kreisämtern gebildete Kreisausschuß, außer dem Vorsitzenden aus ehrenamtlichen Wahlmitgliedern besteht. Ortspolizeibehörde ist in den Städten und den Landgemeinden der Bürgermeister, immer in Unterordnung unter dem Kreisdirektor, da es kreisfreie Städte in Hessen nicht gibt. Seit dem Gesetze über die Ortspolizei vom 14. Juli 1921 aber ist die Ortspolizei in den Gemeinden mit über 10000 Einwohnern grundsätzlich verstaatlicht. Zur Zeit haben neun Städte staatliche „Polizeiämter".

8. Für den Außenstehenden durchsichtig ist die Behördenordnung in Mecklenburg-Schwerin erst seit dem Gesetz über die Aufhebung der Landdrosteien vom 16. April 1928 gestaltet. Staatlich besetzte Verwaltungsbehörden gibt es dort eigenartiger Weise überhaupt nicht mehr. Zwar ist das Land in Ämter und die vier selbständigen Stadtbezirke Rostock, Schwerin, Wismar und Güstrow eingeteilt, aber die hier tätigen Behörden sind kommunale Behörden. Ortspolizeibehörde in den Städten ist der Rat, in den Landgemeinden neben dem Gemeindevorstand und dem in sechs Gemeinden vorgesehenen Obervorsteher der an der Spitze eines Amtes stehende, von der Amtsversammlung auf sechs Jahre gewählte Amtshauptmann. Hinzu kommt noch, daß auch bei Ausübung der Staatsaufsicht der Minister vielfach durch den aus ihm selbst und sechs Landtagsabgeordneten bestehenden Landesverwaltungsrat beschränkt ist.

9. Das Stammland Oldenburg ist in Amtsbezirke eingeteilt, an deren Spitze ein staatlich ernannter Amtshauptmann steht. Die Städte I. Klasse, nämlich Oldenburg, Varel, Jever, Rüstringen und Delmenhorst, sind amtsfrei. Ortspolizeibehörde ist für eine große Anzahl einzeln aufgeführter Gegenstände in den Städten der Stadtmagistrat, in den Landgemeinden der Gemeindevorsteher.

Im Landesteil Lübeck besteht eine Regierung, unter der die Stadtmagistrate und Gemeindevorsteher die örtliche Polizei verwalten.

Auch im Landesteil Birkenfeld ist obere Verwaltungsbehörde die Regierung, örtliche Polizeibehörde der Gemeindevorstand, doch unter Aufsicht und Leitung des Bürgermeisters. Da es in Birkenfeld Landbürgermeistereien nach Art der früheren rheinischen gibt, bedeutet dies, daß dem Vorstand (Schöffen) einer einzelnen Landgemeinde die volle Ortspolizeigewalt nicht zusteht.

10. In Braunschweig unterstehen dem Ministerium des Innern die Kreisdirektionen und das ebenfalls staatliche Polizeipräsidium in der Stadt Braunschweig. Von diesem letzten Ausnahmefall abgesehen (G. v. 4. Juli 1927), ist Ortspolizeibehörde in den Städten, vorbehaltlich anderer Bestimmung der Stadtverord-

netenversammlung, der Bürgermeister, in den Landgemeinden der Gemeindevorsteher, in den Bezirksgemeinden der Bezirksvorsteher.

11. Die Organisation der Verwaltungsbehörden in Anhalt hat große Ähnlichkeit mit der preußischen. Dem Staatsministerium unmittelbar unterstellt ist zunächst die Anhaltische Regierung zu Dessau mit ihren Abteilungen für Finanzen, für Domänen und Forsten und der Abteilung des Innern und der Polizei. Der Regierung nachgeordnet sind die Kreisdirektionen, mit dem vom Staatsministerium ernannten Kreisdirektor an der Spitze, und die kreisfreien Städte Anhalt, Köthen, Zerbst und Bernburg. Ortspolizeibehörde ist in den Städten der Bürgermeister, auf dem Lande der vom Staatsministerium auf Vorschlag des Kreistags auf sechs Jahre ernannte Amtsvorsteher, also, wie im östlichen Preußen und in Schleswig-Holstein, nicht ohne weiteres der Gemeindevorsteher.

12. Auch in Lippe schiebt sich zwischen das Landespräsidium und die örtlichen Stellen zunächst die in zahlreiche Abteilungen gegliederte Regierung, der durch Gesetz vom 2. Mai 1928 ein Bezirksausschuß beigegeben wurde. Nachgeordnete Verwaltungsbehörde ist der vom Landespräsidium ernannte Landrat. In seinen Händen liegt auch der Schwerpunkt der Ortspolizeiverwaltung auf dem Lande, während in den seiner Verwaltung durchweg entzogenen Städten die Geschäfte der unteren Verwaltungsbehörde i. allg. der Stadtrat, die polizeilichen der Bürgermeister besorgt.

13. In Mecklenburg-Strelitz begegnete bis vor kurzem die in Mecklenburg-Schwerin aufgefallene Eigentümlichkeit eines starken Zurücktretens der staatlichen Verwaltung. Dem Ministerium, Abteilung des Innern, sind nur die Räte der Städte und die Landräte in den drei Ämtern nachgeordnet. Aber auch der Landrat war bis 1926 kein staatlich ernannter Beamter, sondern ein von den Amtseingesessenen in unmittelbarer Wahl auf sechs Jahre gewählter Kommunalbeamter. Dem Staatsministerium stand gegen die Wahl nur ein kurz befristeter Einspruch zu, einer Bestätigung bedurfte die Wahl also nicht. Diese auf die Spitze getriebene Selbstverwaltung hat sich aber offenbar nicht bewährt; denn seit dem Gesetze vom 26. März 1926 ist der Landrat ein Staatsbeamter, den das Staatsministerium ernennt.

14. In Schaumburg-Lippe stehen unter der Landesregierung zwei staatlich ernannte Landräte und die Bürgermeister der kreisfreien Städte Bückeburg und Stadthagen.

15. Die Verwaltungsorganisation der Hansestädte Hamburg, Bremen und Lübeck weicht, wie schon erwähnt, insofern vom üblichen Typus ab, als es in den Hauptgemeinden einer örtlichen Dezentralisation nicht bedarf. Präses der hamburgischen Polizeibehörde ist ein Senator; die acht von der Bürgerschaft gewählten „bürgerlichen" Mitglieder haben in Angelegenheiten der Kriminal- und Ordnungspolizei nur beratende Stimme. In Bremen gibt es eine Polizeikommission des Senats, der vier Senatsmitglieder angehören, und eine Polizeidirektion mit einem Senatsmitglied an der Spitze, in Lübeck das einen Teil der „Behörde für die innere Verwaltung" bildende Polizeiamt, dessen Vorsteher ein Senator mit der Amtsbezeichnung „Polizeiherr" ist.

Eine gewisse örtliche Dezentralisation ist aber auch in den Hansestädten deshalb nötig, weil sie außer den Hauptgemeinden noch zahlreiche kleinere Gemeinden, in Hamburg und Bremen zum Teil sogar Städte umfassen. Aufsichtsbehörde ist in Hamburg der Landherr, ein Senator, der in wichtigeren Fällen an die Mitwirkung eines Landesausschusses gebunden ist, und für Cuxhaven der Amtsverwalter (Amtspräsident), in Bremen der Landherr für das Landgebiet und ein Senatskommissar für die Hafenstädte, beides Senatoren, in Lübeck das vom Polizeiherrn, also ebenfalls einem Senator, geleitete Stadt- und Landamt. Wäh-

rend Hamburg die Ortspolizei grundsätzlich dem Staate (Polizeibehörde, Landherr, Amtsverwalter) vorbehält, ist in den bremischen Hafenstädten Vegesack und Bremerhaven neben dem staatlichen „Amte" der Bürgermeister, in den Landgemeinden, ähnlich wie in Lübeck, mit gewissen Einschränkungen der Gemeindevorsteher Ortspolizeibehörde.

## IV. Verfassung der Gemeinden und höheren Kommunalverbände.

Bei der Mannigfaltigkeit der unseren Kommunalverbänden obliegenden Aufgaben muß eine Darstellung der Behördenordnung auch die Grundzüge der Kommunalverfassung bringen, vor allem die der örtlichen Kommunalverbände, der Gemeinden.

**1. Die Gemeinden.** a) Gesetzliche Grundlagen. Das Gemeindeverfassungsrecht beruht zum überwiegenden Teile auf Landesrecht. Die Vorliebe des Entwerfers der Weimarer Verfassung, Preuss, für das Recht der Gemeinden zeigt sich aber auch in einigen wichtigen Normativbestimmungen der Reichsverfassung, einem bescheidenen Reste von dem, was Preuss in seinem Entwurfe (§ 12) in der Verfassung festlegen wollte. Nach Art. $17^{II}$ gelten nämlich „die Grundsätze für die Wahlen zur Volksvertretung... auch für die Gemeindewahlen. Jedoch kann durch Landesgesetz die Wahlberechtigung von der Dauer des Aufenthalts in der Gemeinde bis zu einem Jahre abhängig gemacht werden".

Die Wirkung dieser Bestimmung war, daß die Länder ihre Gemeindeverfassungsgesetze dem Reichsrechte anpaßten. Einige Länder, nämlich Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Thüringen, die beiden Mecklenburg, Braunschweig und die Hansestädte, diese für ihre Nebengemeinden, erließen neue Gemeindeordnungen, andere behalfen sich mit einer Änderung des alten Rechts durch Novellen oder Sondergesetze. Die Folge ist eine grenzenlose Unübersichtlichkeit im heute geltenden Gemeinderechte, zumal eine sämtliche Landesgesetze umfassende Textausgabe fehlt. Bevor wir aber eine Übersicht über die geltenden Gemeindeordnungen geben, sei noch die Tragweite der reichsrechtlichen Vorschrift geprüft.

Die Bestimmung bezieht sich nur auf die örtlichen Gemeinden, nicht auf die höheren Kommunalverbände. Bei diesen, z. B. den Kreisen, steht es dem Landesgesetzgeber frei, ob er unmittelbare Wahl einführen oder es bei der Wahl durch die Gemeindevertretungen bewenden lassen will. Sie bezieht sich außerdem nur auf die Wahlen zur sog. Gemeindevertretung, jener im Volksmunde als „Gemeindeparlament" bezeichneten, in der Regel öffentlich tagenden Versammlung, nicht auf die Wahl des Gemeindevorstands. Sie verbietet ferner nicht, daß der Gemeindevorstand stimmberechtigt an den Sitzungen der Gemeindevertretung teilnimmt, auch wenn er von der Gemeindevertretung, nicht von den stimmberechtigten Gemeindeangehörigen gewählt wird, da der Vorstand gegenüber den anderen Mitgliedern in erheblicher Minderzahl bleibt und außerdem nicht anzunehmen ist, daß die RV. diesen wertvollen, z. B. in Baden heimischen Typ einer Gemeindeverfassung hat beseitigen wollen. Auch verbietet RV. Art. $17^{II}$ nicht die Weitergeltung jener Vorschriften, die die Wahlberechtigung zur Strafe für säumiges Verhalten in Gemeindeangelegenheiten ruhen lassen[1]. Endlich verlangt die Vorschrift nicht unbedingt das Vorhandensein einer Gemeindevertretung überhaupt. Auf dreifache Art sind gemeindevertretungsfreie Bezirke denkbar: als Gemeinden mit Gemeindeversammlung, als landesunmittelbares Gebiet und als selbständige Gutsbezirke, letztes beides trotz RV. Art. 127. Die erste Form eines Fehlens von Gemeindevertretern kommt überall in Deutschland auf dem Lande vor. Bei winzigen Gemeinden treten die Stimmberechtigten unmittelbar als Gemeindeversammlung zusammen

[1] Vgl. den Fall PrOVG. 21. Nov. 22, Entsch. 78, 83ff.

und wählen nicht erst eine Vertretung. Sofern die Voraussetzungen für die Teilnahme an der Gemeindeversammlung keine anderen sind als die nach RV. Art. $17^{II}$ für Gemeindewahlen vorgeschriebenen, entspricht auch diese Art der Betätigung des Gemeindestimmrechts dem Sinne der RV. Die Frage des Vorhandenseins landesunmittelbaren Gebietes wird vor allem für Hamburg erörtert, da Streit darüber entstanden ist, ob die Stadtgemeinde Hamburg eine vom Staate Hamburg getrennte juristische Person sei oder nicht[1]. Auch wenn die Frage nach hamburgischem Rechte zu bejahen ist, würde die RV. die unmittelbare Verwaltung eines Gebietes durch den Staat unter Ausschluß einer besonderen Kommunalverwaltung nicht untersagen, sofern die Landesvertretung im wesentlichen mit der Gebietsvertretung zusammenfällt. Von Reichs wegen erlaubt, wenn auch nicht gebilligt, ist endlich das Fortbestehen der selbständigen Gutsbezirke, eine seit dem preußischen Gesetze vom 27. Dezember 1927 im Aussterben begriffene Einrichtung[2].

Innerhalb des so gesteckten Rahmens gelten heute folgende Gemeindeverfassungsgesetze, die älteren meist mit zahlreichen Änderungen:

Städteordnung für die sieben östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie. Vom 30. Mai 1853.

Gesetz über die Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin. Vom 27. April 1920. Wichtiges Änderungsgesetz vom 30. März 1931.

Gesetz betr. die Verfassung der Städte in Neuvorpommern und Rügen. Vom 31. Mai 1853.

Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Monarchie. Vom 3. Juli 1891.

Gesetz, betr. die Verfassung und Verwaltung der Städte und Flecken der Provinz Schleswig-Holstein. Vom 14. April 1869. (Nach älteren einheimischen Vorbildern geschaffen von ALBERT HAENEL[3].)

Landgemeindeordnung für die Provinz Schleswig-Holstein. Vom 4. Juli 1892.
(Mit dem Hinweise auf Besonderheiten für Helgoland im § 121f.)

Revidierte Hannoversche Städteordnung. Vom 24. Juni 1858.
Hannoversches Gesetz, die Landgemeinden betr. Vom 28. April 1859.
Städteordnung für die Provinz Westfalen. Vom 19. März 1856.
Landgemeindeordnung für die Provinz Westfalen. Vom 19. März 1856.
Städteordnung für die Provinz Hessen-Nassau. Vom 4. August 1897.
Landgemeindeordnung für die Provinz Hessen-Nassau. Vom 4. August 1897.
Städteordnung für die Rheinprovinz. Vom 15. Mai 1856.
Gemeindeordnung für die Rheinprovinz. Vom 23. Juli 1845.
Gemeindeverfassungsgesetz für die Stadt Frankfurt a. M. Vom 25. März 1867.
Hohenzollernsche Gemeindeordnung. Vom 2. Juli 1900.
Bayerische Gemeindeordnung. Vom 17. Oktober 1927.
Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen. Vom 1. August 1923/15. Juni 1925.
Württembergische Gemeindeordnung. Vom 19. März 1930.
Badische Gemeindeordnung. Vom 5. Oktober 1921.
Thüringische Gemeinde- und Kreisordnung. Vom 8. Juli 1926/22. Juli 1930.
Hessische Städteordnung. Vom 8. Juli 1911.
Hessische Landgemeindeordnung. Vom 8. Juli 1911[4].
Hamburgische Städteordnung. Vom 2. Januar 1924.
Hamburgische Landgemeindeordnung. Vom 2. Januar 1924.
Mecklenburg-Schwerinsche Städteordnung. Vom 18. Juli 1919.
Mecklenburg-Schwerinsche Landgemeindeordnung. Vom 20. Mai 1919.
Revidierte Gemeindeordnung für den Landesteil Oldenburg. Vom 15. April 1873.
Revidierte Gemeindeordnung für den Landesteil Lübeck (Oldenburg). Vom 30. März 1873.
Revidierte Gemeindeordnung für den Landesteil Birkenfeld (Oldenburg). Vom 28. März 1873.
Braunschweigische Städteordnung. Vom 15. November 1924.

---

[1] RegDir. HARTMANN Die Stadtgemeinde Hamburg, HansRZ. 1923 Sp. 15ff.; MITTELSTEIN Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg[2] 1924 S. 103 (Anm. 2 zu Art. 67). Für Lübeck vgl. HANS HARTMANN Reichsverfassungsmäßigkeit d. lübeck. Landesverfassungsrechts 1930 S. 58ff., dazu RegDir. HARTMANN im RVerwBl. 51 (1930) S. 443.

[2] Vgl. Art. „Gutsbezirke" im WStVR. II; RdErl. d. pr. Min. d. I. v. 31. Jan. 28, MinBliV. 1928 Sp. 96ff.; STEINBERG Die Auflösung der Gutsbezirke (1929).

[3] Vgl. OHLEN Albert Hänel und die schl.-holst. StädteO. v. 14. April 1869, Heidelb. Diss. 1929.

[4] Über geplante Änderungen im hessischen Gemeinderecht FEY, HessZ. 54 (1931) S. 177f.

Braunschweigische Landgemeindeordnung. Vom 15. November 1924.
Anhaltische Gemeinde-, Stadt- und Dorfordnung. Vom 25. Mai 1882.
Städteordnung der bremischen Hafenstädte. Vom 23. Mai 1922.
Bremische Landgemeindeordnung. Vom 20. April 1923.
Lippisches Gemeindeverfassungsgesetz. Vom 1. Dezember 1927.
Landgemeindeordnung für den lübeckischen Freistaat. Vom 21. September 1921.
Städteordnung für den Freistaat Mecklenburg-Strelitz. Vom 29. Juli 1919/9. Juni 1923.
Landgemeindeordnung für den Freistaat Mecklenburg-Strelitz. Vom 13. Februar 1920/27. Juli 1922.
Städteordnung für das Fürstentum Schaumburg-Lippe. Vom 13. Juni 1906.
Landgemeindeordnung für das Fürstentum Schaumburg-Lippe. Vom 7. April 1870.

Angesichts dieser nicht weniger als 41 Gemeindeordnungen ist es begreiflich, daß Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Gemeinderechts im Gange sind. So hat der Deutsche Städtetag 1930 schon den zweiten Entwurf einer Reichsstädteordnung erscheinen lassen[1], Külz und Genossen brachten ihn unter dem 26. März 1930 als Gesetzentwurf beim Reichstag der IV. Wahlperiode ein[2], und in Preußen trägt man sich mit dem Gedanken der Schaffung eines umfassenden Selbstverwaltungsgesetzes[3]. Ob der eine oder der andere Entwurf bald geltendes Recht werden wird, läßt sich schwer voraussagen. Bayern ist vor kurzem die Verschmelzung der rechtsrheinischen und der pfälzischen Gemeindeordnung gelungen, auch das Land Lippe hat sein Gemeinderecht vereinheitlicht.

b) Benennungen. Mannigfach wie die Gesetze sind auch die in den einzelnen Teilen Deutschlands vorkommenden Benennungen oder die mit der gleichen Benennung verbundenen Bedeutungen. So findet sich fast überall die Unterscheidung in Stadt- und Landgemeinden. Aber während die Zweiteilung z. B. in Preußen große Bedeutung vor allem für die Ausübung der Ortspolizei hat, hat der Ausdruck „Stadt“ z. B. in Thüringen nur den Sinn eines schmückenden Titels. Viel verwirrender ist die Bezeichnung der einzelnen Gemeindeorgane. Das städtische Oberhaupt heißt allerdings durchweg, neuestens auch in Württemberg, „Bürgermeister“, in kreisfreien und entsprechenden Städten „Oberbürgermeister“, aber schon beim ländlichen Gemeindevorsteher beginnt die Mannigfaltigkeit. In Süddeutschland herrscht auch hier die Bezeichnung „Bürgermeister“ vor, andre Bezeichnungen sind „Gemeindevorsteher“, „Schulze“, „Richter“, „Dorfrichter“, „Lehnsmann“ u. dgl. Der für den kollegialen Gemeindevorstand in Norddeutschland übliche Name ist „Magistrat“ oder „Stadtmagistrat“, auch „Rat“, während Baden und amtlich auch Sachsen vom „Gemeinderat (Stadtrat)“ sprechen, Sachsen sogar dann, wenn Gemeindevorstand ein einzelner ist. Die Gemeindevertretung heißt entweder so, in Städten „Stadtvertretung“, oder „Stadtverordnetenversammlung“, „Gemeindeverordnete“, „Gemeindeausschuß“, „Bürgerausschuß“, „Bürgervorsteher“. Leider kommt hier auch der Ausdruck „Gemeinderat“ vor, so daß der gleiche Ausdruck z. B. in Mecklenburg-Strelitz die Gemeindevertretung, in Baden den kollegialen Gemeindevorstand, in Sachsen den Gemeindevorsteher bezeichnet. Auch der Ausdruck „Schöffe“, der bald für den Gemeindevorsteher, bald für dessen Beigeordneten gebraucht wird, gibt zu Verwechselungen Anlaß.

c) Willensbildung in den Gemeinden. An sich können vier Stellen in der Gemeinde an der Willensbildung beteiligt sein: die Gesamtheit der stimmberechtigten Gemeindemitglieder (Gemeinde i. e. S.), die Gemeindevertretung, der kollegiale Gemeindevorstand (der im folgenden kurz als „Magistrat“ bezeichnet werden möge) und das Oberhaupt (im folgenden kurz „Bürgermeister“ genannt).

---

[1] Heft 11 der Schriftenreihe des Deutschen Städtetages. [2] RTDrucks. Nr. 1896.
[3] Zum Referentenentwurf (in 2. Aufl. 1931 erschienen) vgl. die Aufsätze von H. Peters, Kitz und Hettlage im VerwArch. 35 (1930) S. 321ff., 364ff., 388ff.

Die Gemeinde i. e. S. ist vor allem Wählerschaft. Wo es wegen Kleinheit der Verhältnisse keine Gemeindevertretung gibt, wählt sie doch wenigstens den Gemeindevorsteher. Sonst wählt sie die Gemeindevertretung und manchmal auch den Magistrat oder den Bürgermeister. Außerdem gibt es in Bayern, Baden, Oldenburg und Lippe einen Gemeindeentscheid über das Gemeindebegehren auf Auflösung der Gemeindevertretung, in Sachsen, Thüringen, Braunschweig und Bremen auch sonstige Gemeindeentscheide, namentlich über Eingemeindungen und Ortsgesetze.

Die Gemeindevertretung hat zum mindesten die Stellung, daß ohne ihre Zustimmung gewisse wichtigere Beschlüsse, z. B. über den Erlaß neuer Ortsgesetze, Einsetzung von Ausgabeposten in den Haushaltsplan, nicht wirksam werden können. In neueren Gesetzen hat man darüber hinaus grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gemeinde eine Beschlußfassung durch die Gemeindevertretung für erforderlich erklärt. Daneben wählt die Gemeindevertretung meist Bürgermeister und Magistrat und ist die Stelle, die die Amtsführung der Gewählten überwacht.

Der Magistrat ist die ausführende Stelle in der Gemeinde. Wie aber im Staate die vollziehende Gewalt bald mehr, bald weniger umfaßt, so ist auch der dem Magistrat zugewiesene Aufgabenkreis bald bedeutend, bald weniger bedeutend. Vor allem ist wichtig, ob der Magistrat in der Personalpolitik freie Hand hat, ob ihm Dienststrafbefugnisse zustehen, ob und in welchem Umfange er die Gemeinde nach außen vertritt[1]. Da der Bürgermeister innerhalb des Magistrats nur den Vorsitz führt, nennt man diese Art der Verfassung Magistratsverfassung; doch ist der Name vieldeutig und wird der Tatsache nicht gerecht, daß der Bürgermeister auch bei Kollegialität des Gemeindevorstands, wie noch zu zeigen sein wird, vielfach mehr ist als der erste unter gleichen. Von Bürgermeisterverfassung spricht man dagegen, wenn ein kollegialer Gemeindevorstand fehlt und die ganze „vollziehende Gewalt" einem einzigen, dem Bürgermeister, anvertraut ist. Seine Gehilfen, wie 2. Bürgermeister, Beigeordneter, Schöffe, sind seinen Weisungen unterworfen, eine Überstimmung durch sie ist rechtlich ausgeschlossen, obschon tatsächlich der Bürgermeister vielfach gar nicht in der Lage ist, dem sachkundigen Bearbeiter entgegenzutreten. Die Magistratsverfassung herrscht in den Städten, die Bürgermeisterverfassung auf dem Lande vor. Doch gibt es auch Landgemeinden mit kollegialem Gemeindevorstand, so in Baden, Hessen-Nassau, Hohenzollern, Hamburg, und vor allem auch Stadtgemeinden mit Bürgermeisterverfassung, so die rheinischen Städte, die Städte Sachsens, in denen das Ortsgesetz nichts anderes bestimmt oder in denen nicht bis auf weiteres die revidierte Städteordnung fortgilt, die Städte Thüringens, Hessens und, trotz der irreführenden Bezeichnung einer nicht kollegialen Behörde als Magistrat, die Städte Anhalts.

Mit diesen organisatorischen Möglichkeiten sind aber die verschiedenen Verfassungstypen noch keineswegs eindeutig festgelegt. So haben die preußischen Städte der östlichen Provinzen und die Städte Mecklenburg-Schwerins Magistratsverfassung, und doch besteht ein großer Unterschied zwischen der Stellung des Magistrats in beiden Ländern. Ebenso ist die Stellung des Bürgermeisters im Rheinland und in Thüringen ganz verschieden. Fruchtbar wird nämlich die Einteilung der Gemeindeverfassungen in einzelne Typen erst, wenn man die Stärke des Anteils der einzelnen Gemeindeorgane an der Willensbildung der Gemeinde mit in Betracht zieht. Wichtig ist da schon die Zuständigkeitsverteilung; wenn der Magistrat in vielen Dingen allein handelt und nur in einigen der Zustimmung der Stadtverordnetenversammlung bedarf, ist seine Stellung sicher stärker, als wenn die Stadtver-

[1] Vgl. HELFRITZ Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens 1916; G. LOEWE Verpflichtungserklärungen der Kommunalbehörden 1929.

ordnetenversammlung überall mitzureden hat. Das Kräfteverhältnis zeigt sich aber vielleicht noch klarer, wenn man untersucht, welchen Einfluß das eine Organ auf die Entschließungen des anderen nehmen kann. Sieht man von der Beteiligung der Gemeinde i. e. S. an der Willensbildung durch Gemeindebegehren und Gemeindeentscheid ab, so handelt es sich nur noch um die Beziehungen von Bürgermeister, Magistrat und Stadtverordnetenversammlung zueinander. Demgemäß unterscheiden wir Gemeinden mit einfacher, mit zweifacher und mit dreifacher Willensbildung.

α) *Gemeinden mit einfacher Willensbildung* sind solche, die nur ein beschließendes Organ haben. An sich könnte dies auch eine Einzelperson sein. Eine solche absolute Bürgermeisterverfassung nach Art der absoluten Monarchie gibt es aber nicht und kann es nach RV. Art. 17[II] nicht geben. Nur die — im Aussterben begriffenen — selbständigen Gutsbezirke erinnern etwas an diese Möglichkeit. So bleibt nur noch die Einkollegien-Verfassung. Bei ihr ist beschließendes und ausführendes Kollegium ein und dasselbe, die Stadtverordnetenversammlung ist zugleich Magistrat. Der auch hier vorkommende Bürgermeister hat im großen und ganzen nur die üblichen Obliegenheiten eines Vorsitzenden, also rechtlich, allerdings nur rechtlich, keinen entscheidenden Einfluß auf die Willensbildung des Kollegiums. Man nennt diesen Typ die Stadtrats- oder Gemeinderatsverfassung, da Bayern und Württemberg, die ihn eingeführt haben, und neuestens auch Hessen das Kollegium so bezeichnen.

β) *Gemeinden mit zweifacher Willensbildung* haben neben der Gemeindevertretung ein zweites Organ, dem gewisse Aufgaben zur selbständigen Erledigung überwiesen sind, dessen Stellung zur Gemeindevertretung aber sehr verschieden gestaltet sein kann. Man hat hier die Zweikollegien- und die Bürgermeisterverfassung und innerhalb beider eine echte und eine unechte Abart zu unterscheiden.

Bei der echten Zweikollegien-Verfassung nimmt der kollegiale Gemeindevorstand an der Willensbildung der Gemeinde maßgebend in der Weise teil, daß er nicht ohne weiteres verpflichtet ist, das von der Gemeindevertretung Beschlossene auszuführen. Die Person des Bürgermeisters tritt hierbei zurück, sonst läge ja nicht zweifache, sondern dreifache Willensbildung vor. Der Einfluß des Magistrats darf sich aber nicht darauf beschränken, daß er den Beschluß der Gemeindevertretung wegen Gesetzwidrigkeit beanstanden kann, er muß auch seine Ansicht über die Zuträglichkeit des Beschlusses für das Gemeinwohl maßgebend erklären können mit der Wirkung, daß die Ausführung des Beschlusses unterbleibt oder zum mindesten von der Entscheidung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht wird, wenn sich der Magistrat gegen den Beschluß der Stadtverordnetenversammlung ausspricht. Dieser Typ gilt in den hannoverschen, oldenburgischen, braunschweigischen, lippischen, mecklenburg-strelitzschen, schaumburg-lippischen Städten, den bremischen Hafenstädten, den sächsischen Städten mit Magistratsverfassung, ferner in den badischen Gemeinden, außer den kleinen, und den mecklenburg-strelitzschen Landgemeinden, in den beiden letzten Fällen mit der Besonderheit, daß die Mitglieder des kollegialen Gemeindevorstands zugleich stimmberechtigte Mitglieder der Gemeindevertretung sind. Bei der unechten Zweikollegien-Verfassung ist der kollegiale Gemeindevorstand an die gesetzmäßig gefaßten Beschlüsse der Gemeindevertretung gebunden. Sie gilt in Mecklenburg-Schwerin und in den Nebengemeinden Hamburgs.

Die echte Bürgermeisterverfassung entspricht der Verfassung mit zwei Kollegien, nur daß an die Stelle des kollegialen der einköpfige Gemeindevorstand tritt. Meist führt der Bürgermeister den Vorsitz in der Gemeindevertretung, eine Einrichtung, die seinen Einfluß noch bedeutend steigert. Der Typ findet sich vor allem in den rheinischen Städten, dann in vielen Landgemeinden. Auch der

sächsische Bürgermeister gehört hierher, doch so, daß er nicht kraft Gesetzes Vorsitzender der Gemeindevertretung ist, sondern nur, wenn er dazu gewählt wird. Eine unechte oder vielleicht besser abgeschwächte Bürgermeisterverfassung dagegen gilt in Thüringen. Von der ihr nahe verwandten Stadtrats- oder Gemeinderatsverfassung unterscheidet sie sich dadurch, daß auch hier der Bürgermeister nicht der geborene Vorsitzende der Gemeindevertretung ist. Er kann einen Beschluß der Gemeindevertretung nur wegen Gesetzwidrigkeit beanstanden, nicht schon bei sachlicher Meinungsverschiedenheit.

*γ) Gemeinden mit dreifacher Willensbildung* trifft man nur im Rahmen der Magistratsverfassung. Denn der dritte Beteiligte ist der die beiden Kollegien überragende Bürgermeister. Wenn man allerdings Gemeindebegehren und Gemeindeentscheid in die Typeneinteilung einbeziehen wollte, würde auch die Gesamtheit der Stimmberechtigten als dritter, unter Umständen sogar vierter Willensbildner in Frage kommen, doch sei, wie schon bemerkt, von dieser Erschwerung der Einteilung abgesehen. Die schärfste Ausprägung der dreifachen Willensbildung würde es sein, wenn ein Gemeindebeschluß nur durch übereinstimmenden Beschluß von Bürgermeister, Magistrat und Stadtverordnetenversammlung zustandekommen könnte. So weit geht allerdings keine Gemeindeverfassung, der Bürgermeister kann nie mehr als hemmend eingreifen, und auch die abweichenden Meinungen der beiden Kollegien untereinander können meist durch Beschluß der Aufsichtsbehörde überbrückt werden. Dies ist die Regelung der preußischen Städteordnung für die östlichen Provinzen und der ihr nachgebildeten Städteordnungen. Nach § 36 bedürfen Beschlüsse der Stadtverordneten, die der Magistrat auszuführen hat, der Zustimmung des Magistrats. Versagt er sie und führen Einigungsverhandlungen zu keinem Erfolge, so entscheidet auf Anrufen eines Teiles der Bezirksausschuß. Nach § $57^{II}$ ist der Bürgermeister verpflichtet, nicht nur gesetzwidrige Beschlüsse des Magistrats, sondern auch solche, die — nach seiner Ansicht — das Staatswohl oder das Gemeindeinteresse verletzen, zu beanstanden. Auch hierüber entscheidet auf Anrufen eines Teiles der Bezirksausschuß (ZustG. § $17^{II}$). Während das gleiche wie in den östlichen Provinzen in Westfalen, Hessen-Nassau, Frankfurt a. M. und Hohenzollern gilt, hat das Drei-Willen-System seine für ganz Deutschland wohl stärkste Form in der schleswig-holsteinischen Städteordnung erhalten. Vor allem fällt hier die Anrufung des Bezirksausschusses bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Magistrat und Stadtverordnetenversammlung weg (§§ 52, 53), so daß ein Gemeindebeschluß nur durch übereinstimmenden Beschluß beider Kollegien zustande kommt. Die Stellung des Bürgermeisters ist ferner dadurch gehoben, daß er wegen Verletzung des Staatswohls nicht nur Beschlüsse des Magistrats, sondern auch solche der Stadtverordnetenversammlung „suspendieren" kann, hier allerdings vorbehaltlich der Entscheidung des Bezirksausschusses (§ $61^{II}$).

Deutlich zeigt sich also, daß es mit der Gegenüberstellung von Magistrats- und Bürgermeisterverfassung nicht getan ist, vielmehr ragt in den meisten preußischen Städteverfassungen der Bürgermeister auch über den Magistrat hinaus[1]. Diese seine Stellung verstärkt sich noch durch mancherlei anderes: Zuständigkeiten auf dem Gebiete des Beamtenrechts, Innehabung der Ortspolizei, Betrautsein mit andern Auftragsangelegenheiten. Vor allem können auch die Regeln über die Bürgermeisterwahl seine Stellung beeinflussen. Je länger die Zeit ist, für die der Bürgermeister gewählt wird, desto unabhängiger wird er sich fühlen. Die zwölfjährige Periode überwiegt bei der Wahl berufsmäßiger Bürgermeister, doch gilt

[1] Vgl. ASSMANN Die Rechtsstellung des Bürgermeisters in den preußischen Provinzen 1910; KRAHMER im PrKommunalArch. I (1910) S. 21ff.; CREMERIUS im RVerwBl. 51 (1930) S. 131f.; RG. II 24. März 30, RGSt. 64, 72ff. Über die schwache Stellung des Bürgermeisters in Mecklenburg-Schwerin dagegen vgl. JESS in MecklZ. 43 (1927) Sp. 73ff.

für die erstmalige Wahl z. B. in Sachsen und Thüringen die sechsjährige Periode, in Braunschweig sogar immer, während der oldenburgische Bürgermeister in der Regel auf acht, der badische auf neun, der württembergische zunächst auf zehn, bei Wiederwahl auf fünfzehn Jahre gewählt wird. Vereinzelt finden sich auch lebenslänglich gewählte Bürgermeister. Wahlkörper ist meist die Gemeindevertretung, in Württemberg wählen die Gemeindebürger unmittelbar, ebenso in Mecklenburg-Strelitz, ferner in Schleswig-Holstein, hier aber gebunden durch eine von der Gemeindevertretung vorgelegte Liste, so daß für die Unabhängigkeit des Bürgermeisters von der Stadtverordnetenversammlung nicht viel gewonnen ist. Ganz ungewöhnlich ist die gesetzlich vorgesehene Ernennung des Bürgermeisters durch das Staatsministerium in Frankfurt a.M. und in Neuvorpommern, während die Befugnis des Staates, dem gewählten Bürgermeister, ebenso wie den besoldeten Magistratsmitgliedern, die Bestätigung zu erteilen oder zu versagen, in Norddeutschland auch heute noch die Regel bildet. Weitere Abhängigkeiten politischer Art als die mit den Neuwahlen zusammenhängenden kennt das geltende Recht nicht. Nur das lippische Gemeindeverfassungsgesetz vom 1. Dezember 1927 ordnet den Grundsatz der parlamentarischen Regierung auch für die Gemeindevorstände an, doch gilt bei Entziehung des Vertrauens der Vorstand nur mit Ausnahme der fest angestellten Mitglieder als abberufen (§ $49^{\text{II}}$), das Mißtrauensvotum trifft also nicht den berufsmäßigen Bürgermeister.

d) Gemeindeverbindungen. Zwischen Gemeinden sind Verbindungen vielerlei Art möglich, von der Personalunion, wie sie § $8^{\text{III}}$ der waldeckischen Gemeindeordnung vom 16. August 1855/6. April 1888 vorsah, über den Zweckverband und die Samtgemeinde bis zum völligen Zusammenschluß kraft Eingemeindung.

Das Recht der Zweckverbände regeln entweder besondere Gesetze oder Abschnitte der Kommunalverfassungsgesetze. Den ersten Weg hat u. a. Preußen mit seinem Zweckverbandsgesetz vom 19. Juli 1911 beschritten. Mehrere Landgemeinden vereinigen sich z. B. zum gemeinsamen Betrieb einer Wasserleitung. Der Kreisausschuß beschließt dann die Bildung eines Zweckverbandes für diese Aufgabe. Der Verband hat die Rechte einer öffentlichen Körperschaft; über seine Angelegenheiten beschließt ein Verbandsausschuß, ausführende Behörde ist der Verbandsvorsteher. Das gleichzeitig erlassene Zweckverbandsgesetz für Groß-Berlin ist durch das Gesetz über die Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin vom 27. April 1920 aufgehoben worden, und dies Gesetz hat wieder eine bedeutsame Änderung durch das Gesetz vom 30. März 1931 erfahren. Der Riesenstadt eigentümlich ist der von der Stadtverordnetenversammlung aus ihrer Mitte gewählte, unter dem stimmberechtigten Vorsitz des Oberbürgermeisters in geheimer Sitzung tagende Stadtgemeindeausschuß, dem die Befugnisse der Stadtverordnetenversammlung zustehen, sofern sie nicht dieser ausdrücklich vorbehalten sind. Die Entstehung aus einer Vielheit von Gemeinden verleugnet Berlin aber auch heute nicht, da es in Verwaltungsbezirke eingeteilt wird, die meist mehrere von den alten Gemeinden umfassen. Die Bezirke haben zur Wahrnehmung der örtlichen Interessen städtische Kollegien im kleinen, von denen die größere „Bezirksversammlung“ heißt, die kleinere, dem Magistrat entsprechende, den unglücklichen Namen „Bezirksamt“ führt. Stimmberechtigter Vorsitzender beider Kollegien ist der von der Bezirksversammlung gewählte „Bezirksbürgermeister“. Ebenfalls den Auftakt zu einem kommunalen Zusammenschluß großen Stils hat das Gesetz betr. Verbandsordnung für den Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk vom 5. Mai 1920 gebildet[1]. Am vorläufigen Ende dieser Entwicklung steht das Gesetz über die kommunale Neugliederung des rheinisch-westfälischen Industriegebiets vom 29. Juli 1929.

---

[1] Hierüber besonders anschaulich BÜHLER u. KERSTIENS Die Behördenorganisationen des Ruhrgebiets 1926; BÜHLER Der heutige Stand der Verwaltungsreform[2] 1931 S. 77ff.

Während beim Zweckverband die einzelnen Gemeinden oder sonstigen Kommunalverbände ihre Zuständigkeiten grundsätzlich behalten, hat die Samtgemeinde grundsätzlich den umfassenden Aufgabenkreis und alle Rechte und Pflichten von Gemeinden, vorbehaltlich der durch das Bestehen von Teilgemeinden nötigen Dezentralisation. Samtgemeinden sind z. B. die Bürgermeistereien des bayerischen, die Gesamtgemeinden des württembergischen, die zusammengesetzten Gemeinden des badischen, die Bezirksgemeinden des braunschweigischen, die Landgemeinden mit Ortsgenossenschaften des oldenburgischen Rechts. In Schleswig-Holstein sind es die Kirchspielslandgemeinden der Kreise Husum, Norderdithmarschen und Süderdithmarschen. Ob es die westfälischen Ämter und die früheren rheinischen Landbürgermeistereien, jetzt rheinischen Ämter, sind oder ob sie nicht vielmehr Kommunalverbände höherer Ordnung darstellen, ist zweifelhaft. Im ersten Falle wäre Preußen für die Wahlen zur Amtsvertretung an die Richtlinien des Art. $17^{II}$ RV. gebunden. Gegen die Eigenschaft der Verbände als Samtgemeinden spricht u. a., daß der rheinische Bürgermeister und der westfälische Amtmann bis 1928 ernannt und nicht gewählt wurden, eine, von Frankfurt a. M. und Neuvorpommern abgesehen, ganz ungewöhnliche Form der Bestellung eines Gemeindevorstands.

Die innigste Form der Verbindung mehrerer Gemeinden stellt die Eingemeindung dar[1]. Ein besonderes Problem bildet hierbei die Eingemeindung einer Gemeinde oder eines Gemeindeteils gegen den von der Gemeinde ausgesprochenen Willen. Der Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht der Gemeinden entspricht es, wenn neuere Gesetze in einem solchen Falle die Zwangseingemeindung nicht durch Verwaltungsakt, sondern nur durch Gesetz zulassen oder, wie in Sachsen, von dem Ausfall einer Gemeindebürgerabstimmung abhängig machen. Bremen bindet sogar den Gesetzgeber durch die Verpflichtung, vorher die beteiligte Gemeindevertretung, bei Landgemeinden auch den Kreisausschuß anzuhören. Der noch denkbare höhere Schutz aber — Antastbarkeit des Gemeindegebiets nur durch verfassungsänderndes Landes- oder gar Reichsgesetz — ist dem geltenden Rechte fremd[2].

An dieser Stelle seien endlich noch die privaten, aber für die Tatsachen des Verwaltungslebens wichtigen Zusammenschlüsse gleichartiger Kommunalverbände des Reichs und Preußens erwähnt. Es sind dies für die größeren Städte der Deutsche Städtetag, dem u. a. der Preußische Städtetag angeschlossen ist, für die mittleren und kleineren Städte der Reichsstädtebund, für die Landgemeinden und Amtsbezirke der Deutsche Landgemeindetag, dem u. a. der Verband der preußischen Landgemeinden und für Rheinland und Westfalen der Preußische Landgemeindetag West E. V. angehören. Außerdem gibt es noch einen Deutschen und einen Preußischen Landkreistag und einen Verband der preußischen Provinzen mit einer „Geschäftsstelle" in Berlin. Auch die übrigen Verbände haben ihren Sitz in Berlin[3].

[1] Vgl. Stier-Somlo Art. „Eingemeindungsrecht" im HWBRW. II; derselbe Hdb. d. komm. VerfR. i. Pr.[2] 1928 S. 173ff.; H. Peters Zentralisation und Dezentralisation 1928 S. 85ff.; v. Nussbaum Rechtswirkungen der Eingemeindung nach preuß. Recht 1930; Maunz BayGemZ. 41 (1931) Sp. 297ff., 340ff.; H. Schelcher FischersZ. 66 (1931) S. 1ff. Für Preußen gilt jetzt § 1 des G. v. 27. Dez. 27. Der amtliche preußische Sprachgebrauch unterscheidet „Eingliederung" und „Zusammenschluß", je nachdem die aufnehmende Gemeinde ihre Rechtspersönlichkeit behält oder eine neue Gemeinde mit eigener Rechtspersönlichkeit gebildet wird: Min. d. I. 19. Okt. 28, MinBliV. 1928 Sp. 1055.

[2] So schon die Vorauflagen, ebenso u. a. Mosheim und Dominicus RVerwBl. 50 (1929) S. 117ff., 327f.; Glum ArchÖffR. 56 (1929) S. 411ff.; RStGH. 10./11. Dez. 29, RGZ. 126, 9*ff., H. Peters VerwArch. 35 (1930) S. 334. Dagegen Bühler RVerwBl. 50 (1929) S. 279ff.; Stier-Somlo ebenda S. 281f. u. ArchÖffR. 56 (1929) S. 1ff., 58 (1930) S. 255ff.

[3] Über diese Verbände vgl. Handbuch über den pr. Staat für 1931 S. 186ff., ferner Schriftenreihe d. D. Städtetages 12 (1930) und vor allem H. Peters Grenzen S. 262ff.

**2. Die höheren Kommunalverbände.** Wie Gemeinden für bestimmte Zwecke durch Verwaltungsakt zu Zweckverbänden zusammengeschlossen werden können, so kann das Gesetz für grundsätzlich alle Zwecke, die über den Bereich der örtlichen Verwaltung hinausragen, einmal für allemal eine Vielheit von Gemeinden zu höheren Kommunalverbänden vereinigen, ohne daß dadurch die Selbständigkeit der einzelnen Gemeinde leidet. In neuerer Zeit verwischt sich allerdings der Zusammenhang zwischen höherem Kommunalverband und Gemeinde, da die Wahl der Kommunalvertretung durch die Gemeinden vielfach der unmittelbaren Wahl Platz gemacht hat. Die heiß umstrittene Frage der sog. „Kompetenz-Kompetenz“, hier in der Bedeutung, ob der höhere Kommunalverband berechtigt sein soll, seine ausschließliche Zuständigkeit für eine bisher der Gemeinde vorbehaltene Angelegenheit zu begründen, ist in Preußen für die Landkreise zu deren Gunsten entschieden worden[1].

In Preußen sind höhere Kommunalverbände die Landkreise und die Provinzialverbände, während die Regierungsbezirke an sich nur staatliche Sprengel darstellen. Außerdem muß man wohl[2] auch die rheinischen und die westfälischen Ämter, soweit die letzten juristische Personen sind, zu den höheren Kommunalverbänden rechnen, mit dem Bürgermeister an der Spitze und der Amtsvertretung als beschließendem Kollegium. Dagegen sind die Amtsbezirke der östlichen Provinzen und Schleswig-Holsteins vor allem Pflichtverbände ohne Betätigungsmöglichkeiten, wie man sie bei Gemeinden oder höheren Kommunalverbänden gewohnt ist. Die Kollegien der Landkreise sind der auf unmittelbarer Wahl beruhende Kreistag und der vom Kreistag gewählte Kreisausschuß. Den Vorsitz in beiden Kollegien führt der vom Staate ernannte Landrat, im Kreisausschuß mit, im Kreistag ohne Stimmrecht. Während hier also Personalunion zwischen Staatsverwaltung und Kreisverwaltung besteht, sind die Organe der Provinzialverbände von der staatlichen Verwaltung völlig losgelöst. Der aus unmittelbarer Wahl hervorgehende Provinziallandtag wählt den Provinzialausschuß und den Landeshauptmann, der nur noch in Brandenburg die Amtsbezeichnung „Landesdirektor“ führt. Landtag und Ausschuß haben besondere Vorsitzende. Die dem Landeshauptmann beigegebenen leitenden Beamten heißen Landesräte. In Hannover gilt die Besonderheit, daß die laufende Verwaltung ein Kollegium, das Landesdirektorium, führt, in Hessen-Nassau die andere, daß der Provinzialverband zwei provinzähnliche Bezirksverbände, den des Regierungsbezirks Kassel und den des Regierungsbezirks Wiesbaden, umfaßt, deren Organe ein Kommunallandtag, ein Landesausschuß und ein Landeshauptmann sind; der Provinziallandtag besteht hier aus den Mitgliedern der Kommunallandtage. Provinzialverbandsfrei sind Berlin, der Kreis Herzogtum Lauenburg, die Insel Helgoland und die Hohenzollerischen Lande[3]. Dafür bilden die letzten einen Landeskommunalverband mit einem Kommunallandtag und einem Landesausschuß als Verbandsorganen; ein besonderer Landeshauptmann fehlt hier, die laufenden Geschäfte besorgt der Vorsitzende des Kommunallandtags.

Auch in Bayern schließen sich die höheren Kommunalverbände eng an die staatliche Verwaltungseinteilung an, die Amtssprengel der Bezirksämter und Kreisregierungen sind zugleich die Gebiete der höheren Kommunalverbände „Bezirk“ und „Kreis“. Der Bezirkstag wird unmittelbar gewählt und wählt aus seiner Mitte den Bezirksausschuß, dessen Verhandlungen der (staatliche) Bezirksamtsvorstand ohne Stimmrecht leitet. Entsprechend werden der Kreistag und der

---

[1] EG. z. NeugliederungsG. v. 29. Juli 1929 §§ 43ff. Vgl. über die Frage WIENTGEN PrGem.-Ztg. 22 (1929) S. 185ff.

[2] Vgl. oben S. 77.

[3] Vgl. die Artikel „Helgoland“, „Hohenzollernsche Lande“, „Lauenburg“ im WStVR. II.

Kreisausschuß gewählt, doch ist Kreisausschußvorsitzender der vom Kreistag aus seiner Mitte gewählte Kreistagspräsident. Anders als in Preußen führt der staatliche Beamte im Bezirke, der etwa dem preußischen Kreise entspricht, nicht den Vorsitz im größeren Selbstverwaltungskollegium.

Sachsen kennt nur eine Stufe von Kommunalverbänden höherer Ordnung: die mit den Amtshauptmannschaften räumlich zusammenfallenden Bezirksverbände. Bezirksvertretung ist der von den Gemeindevertretungen, also mittelbar, gewählte Bezirkstag, das kleinere Kollegium der Bezirksausschuß, der aus dem staatlichen Verwaltungsbeamten (dem Amtshauptmann) als stimmberechtigtem Vorsitzenden und den vom Bezirkstag gewählten Mitgliedern besteht.

In Württemberg fallen die Amtskörperschaften räumlich mit den Oberamtsbezirken zusammen. Die Amtsversammlung wird von den Gemeinderäten gewählt, der Bezirksrat von der Amtsversammlung. Beiden Versammlungen gehört der staatliche Verwaltungsbeamte (Oberamtsvorstand) als nicht stimmberechtigter Vorsitzender an, doch gibt bei Stimmengleichheit seine Stimme den Ausschlag.

Bei den badischen Kreisen, deren es elf gibt, fällt auf, daß sie sich mit den Bezirken der Bezirksämter nicht räumlich decken. Auch die Bezirke selbst sind nur Zweckverbände für Wohnungsbeschaffung, Siedelung und öffentliche Fürsorge, keine höheren Kommunalverbände. Die Kreisversammlung wird in unmittelbarer Wahl gewählt, der kollegiale Kreisrat einschließlich des Kreisvorsitzenden von der Kreisversammlung.

In Thüringen fehlt entsprechend seiner Bürgermeisterverfassung ein kollegialer Kreisvorstand. Die aus unmittelbaren Wahlen hervorgehende Kreisvertretung heißt hier Kreisrat; sie hat einen selbstgewählten Vorsitzenden. Kreisvorstand ist der vom Staatsministerium ernannte Landrat. Bis zum 31. März 1923 waren auch noch die „Gebiete" der früheren thüringischen Kleinstaaten Kommunalverbände höherer Ordnung.

Erst Hessen wieder hat zwei übereinander gelagerte Arten von höheren Kommunalverbänden: die Kreise und die Provinzen. Die Kreistage und Provinzialtage werden unmittelbar gewählt. Der Kreisausschuß besteht aus dem Kreisdirektor und den vom Kreistag gewählten Mitgliedern, der Provinzialausschuß aus dem Provinzialdirektor und den vom Provinzialtage gewählten Mitgliedern. Der Kreisdirektor und der mit einem der Kreisdirektoren in Personalunion stehende Provinzialdirektor sind staatliche Beamte.

In den mecklenburg-schwerinschen Ämtern wählt die auf unmittelbarer Wahl beruhende Amtsversammlung den Amtsausschuß, der aus dem Amtshauptmann, dessen Stellvertreter und drei weiteren Mitgliedern besteht. Dem Amtshauptmann sind die Aufgaben der aufgelösten Landdrosteien als Auftragsangelegenheiten übertragen, er gleicht also in seiner Stellung mehr dem preußischen Oberbürgermeister als dem preußischen Landrat.

Im Landesteil Oldenburg bestehen Amtsverbände mit einem mittelbar von den Gemeinden gewählten Amtsrat und einem Amtsvorstand, der aus dem staatlichen Verwaltungsbeamten des Amtsbezirks und den vom Amtsrat aus seiner Mitte gewählten Mitgliedern zusammengesetzt ist. Die Landesausschüsse der Landesteile Lübeck und Birkenfeld sind unmittelbar gewählte Vertreter der beiden Landesverbände. Die Vorstände der Landesverbände bestehen aus einem Mitgliede der staatlichen Regierung und den von den Landesausschüssen aus ihrer Mitte gewählten Mitgliedern. Zwischen die Landgemeinden und den Landesverband schieben sich in Birkenfeld noch die Landbürgermeistereien, deren Aufbau etwa dem der rheinischen Ämter entspricht[1].

---

[1] Wegen des Bürgermeistereirats vgl. Old. Min. d. I. in OldZ. 52 (1926) S. 7ff.

Die Vertretung der braunschweigischen Kreise heißt Kreistag und wird in unmittelbarer Wahl gewählt. Der Kreistag wählt den Kreisausschuß mit Ausnahme des vom Staatsministerium ernannten staatlichen Kreisdirektors. Ebenso ist die Kreisverfassung des Landes Anhalt.

Die Ämter des Landes Lippe entsprechen in ihrer Verfassung etwa den preußischen Kreisen. Ein unmittelbar gewählter Amtstag wählt den Amtsausschuß; in beiden Kollegien führt der staatlich ernannte Landrat mit vollem Stimmrecht den Vorsitz.

Die mecklenburg-strelitzschen Ämter haben nur ein Organ, den Amtsausschuß. Er besteht aus dem staatlich ernannten Landrat als stimmberechtigtem Vorsitzenden und den neuerdings aus unmittelbaren Wahlen hervorgehenden Amtsvertretern.

Dagegen entspricht die kommunale Kreisverfassung in Schaumburg-Lippe der preußischen. Ein aus unmittelbaren Wahlen hervorgegangener Kreistag wählt allerdings seinen Vorsitzenden selbst. Der Kreisausschuß aber besteht aus dem staatlich ernannten Landrat als Vorsitzenden, dem Vorsitzenden des Kreistags und drei weiteren vom Kreistag gewählten Mitgliedern.

In Hamburg fehlt es an höheren Kommunalverbänden, die Gebiete von Ritzebüttel, Bergedorf und die der Geest- und der Marschlande sind nur zur Ausführung der Fürsorgepflichtverordnung des Reichs vom 13. Februar 1924 zu Bezirksfürsorgeverbänden zusammengeschlossen[1]. Auch der lübeckische Landgemeindeverband ist kein höherer Kommunalverband, sondern ein „zur Herbeiführung eines Lastenausgleichs" geschaffener Zweckverband[2]. Dagegen bildet das bremische Landgebiet gemäß Kreisordnung vom 17. März 1926 einen Kreis nach dem älteren preußischen Vorbild. Die Abgeordneten des Kreistags werden von den Gemeindevertretungen gewählt, die Wahlmitglieder des Kreisausschusses vom Kreistag. Stimmberechtigtes Mitglied und Vorsitzender ist in beiden Kollegien der mit der Aufsicht über die Landgemeinden betraute Senator, der Landherr.

## § 5. Geschichte des Verwaltungsrechts.

Otto Mayer I S. 25ff.; derselbe Justiz und Verwaltung, Straßburger Rektoratsrede 1902; Fleiner S. 28ff., 130ff.; derselbe Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht 1906; Schoen S. 209ff.; Hatschek S. 1ff., 366ff.; Loening S. 771ff.; E. Kaufmann im WStVR. III S. 689ff.; Herrnritt S. 36ff.; Merkl S. 60ff.

Bornhak Geschichte des preußischen Verwaltungsrechts 1884; E. Loening Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen 1914, früher im VerwArch. 2 (1894) S. 217ff., 437ff. u. 3 (1895) S. 94ff., 510ff. erschienen; K. Perels Die allgemeinen Appellationsprivilegien für Brandenburg-Preußen (Zeumers Quellen und Studien III 1) 1908; Anschütz Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen 1897 S. 67ff.; O. Bühler Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembergischen Recht und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jahrhunderts 1911; Schaible Die Entwicklung der badischen Verwaltung von 1740 bis heute, ZSelbstv. 10 (1927/28) S. 449ff., 474ff.; Bertram Hamburgs Zivilrechtspflege im 19. Jahrhundert 1929 S. 40ff.; Tezner Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Österreich vom Ausgang des 15. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, GrünhutsZ. 24 (1897) S. 459ff., 25 (1898) S. 1ff., 29 (1902) S. 626ff. — R. Smend Das Reichskammergericht (Zeumers Quellen und Studien IV 3) I. Teil 1911; Joh. Ulrich Frhr. v. Cramer Wetzlarische Nebenstunden, 128 Teile, 1755—1779; Wolzendorff Aufklärung und Polizeistaat, ZStaatsW. 72 (1916) S. 493ff. — W. Jellinek Reichsgründung und Verwaltungsrecht, RVerwBl. 52 (1931) S. 41ff.; derselbe Reichsverfassung und Verwaltungsrecht, RVerwBl. 50 (1929) S. 519ff.

R. Thoma Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JahrbÖffR. IV 1910 S. 196ff. und die dort genannten Schriftsteller; C. Schmitt Verfassungslehre 1928 S. 125ff.; E. Ruck Basel als Rechtsstaat, Basler Festg. z. schweiz. Juristentag 1920 S. 29ff.; Drews Vom Ausbau der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZStaatsW. 78 (1924) S. 599ff.; H. Stoll Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, IheringsJ. 76 (1926) S. 134ff.; Röder Die allmähl. Abkehr v. Rechtsstaate, ÖAnwZtg. 5 (1928) S. 56ff.; Darmstädter Grenzen der Wirk-

[1] VO. v. 28. März 24. [2] G. v. 21. Juni 22.

samkeit des Rechtsstaates 1930. — Reden bei der Gedenkfeier anläßlich des fünfzigjährigen Bestehens des preußischen OVG. am 20. November 1925, Berlin 1925; Aufsätze aus dem gleichen Anlaß von BERNER (JW. 1925 S. 2401ff.), MIROW (ebenda S. 2418f.), GÖRRES (ebenda S. 2731f.), FRIEDRICHS (PrVerwBl. 47, 1926, S. 83f.), NÖLL u. RUFFMANN (ebenda S. 74ff., 79ff.); Reden bei der Gedenkfeier anläßlich des fünfzigjährigen Bestehens des BayVGH. am 1. Oktober 1929; Aufsätze aus dem gleichen Anlaß von BRAUNWART, E. MAYER, V. ZINK, V. BREUNIG Festschr. f. d. BayVGH. 1929, ROTTMANN BayVerwBl. 77 (1929) S. 322ff., DYROFF RVerwBl. 50 (1929) S. 630f.; Aufsatz zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des SächsOVG. von W. SCHELCHER (FischersZ. 59, 1926, S. 1ff.) und Ansprache von v. NOSTITZ-DRZEWIECKI (SächsOVG. 29 S. 1ff.); Aufsatz zum fünfzigjährigen Bestehen des WürttVGH. von BUSSE (WüRV. 20, 1927, S. 145ff.), Vortrag aus dem gleichen Anlaß von HALLER (ebenda S. 187ff.); SÜFFERT Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen, HessZ. 52 (1928/29) S. 169f., 177ff.; Aufsätze zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Lübeck von LANGE und HARTMANN (HansRZ. 1, 1917/18, Sp. 27ff. u. 75ff.), in Hamburg von CARL RITTER (HansRZ. 1922 Sp. 51ff.), in Mecklenburg-Schwerin von SCHLESINGER (PrVerwBl. 44, 1922/23, S. 199ff.), in Bremen von Reg.-Rat WEDEMEYER (Z. f. d. Berufsbeamten Bremens 1, 1924, S. 11f., 20f., 29, 46ff.; DJZ. 1925 Sp. 501ff.). — Vorschläge über das künftige Reichsverwaltungsgericht u. a. von SCHULTZENSTEIN in 29. DJT. 2 (1908) S. 3ff., THOMA in 30. DJT. 1 (1910) S. 51ff., ANSCHÜTZ ebenda S. 489ff., THOMA in ZÖffR. 5 (1926) S. 27ff. Umfassende Kritiken des Regierungsentwurfs 1930 von LASSAR, Das Reichsverwaltungsgericht 1930 (hierzu insbes. LÖWENTHAL RVerwBl. 52, 1931, S. 305ff.), und APELT, VerwArch. 36 (1931) S. 137ff. — Über die neueste Entwicklung des Rechtsschutzes die Vorträge von W. JELLINEK und G. LASSAR Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution), in VStaatsRL. 2 (1925) S. 8ff., 81ff. — Vgl. auch das Schriftenverzeichnis zu § 13.

Da Gegenstand des Verwaltungsrechts hauptsächlich die Beziehungen des einzelnen zum übergeordneten Staate sind, muß auch eine Geschichte des Verwaltungsrechts der Entwicklung dieser Beziehungen gewidmet sein. Die Geschichte der Behördenverfassung der aktiven Verwaltung tritt daneben an Bedeutung zurück, auch fehlt ihr das besondere juristische Element; ihre Darstellung gehört daher mehr zur allgemeinen Geschichte. Für die Beziehungen des einzelnen zum Staate aber lassen sich in der Neuzeit drei typische Regelungen feststellen: die Regelung des älteren Justizstaates, des Polizeistaats und des heutigen Rechtsstaates.

## I. Der ältere Justizstaat.

Unter Justizstaat versteht man eine Regelung der Beziehungen zwischen öffentlicher Gewalt und Bürger in der Weise, daß die ordentlichen Gerichte über Streitigkeiten auch aus diesem Verhältnis entscheiden. Der ältere Justizstaat ist der Justizstaat zur Zeit des alten Deutschen Reichs, von 1495, da das Reichskammergericht gegründet wurde, bis 1806, da das Reich und mit ihm das Reichskammergericht und der Reichshofrat der Auflösung verfielen.

Die Einsetzung des Reichskammergerichts hängt aufs engste mit den Bestrebungen zur Sicherung des Landfriedens zusammen. Gewalttätigkeiten waren nicht nur zwischen den Reichsunmittelbaren untereinander oder zwischen Privatpersonen zu befürchten, sondern auch zwischen Landesherrn und Untertan. Dem sollte dadurch vorgebeugt werden, daß bei entstehenden Rechtsstreitigkeiten beide Teile ein über ihnen stehendes Gericht, das Reichskammergericht in Frankfurt, dann Speyer, seit 1693 Wetzlar, oder den Reichshofrat in Wien, anrufen konnten. Als die französische Revolution ihre Schrecken verbreitete, sah man in der Möglichkeit gerichtlichen Austrags solcher Streitigkeiten das beste Sicherungsmittel gegen den Umsturz. HÄBERLIN, Professor zu Helmstedt, sagt in seinem Handbuch des teutschen Staatsrechts[1], das gerade auch den Rechtsschutz des einzelnen vor den Reichsgerichten ausführlich und anschaulich behandelt: „Ein Glück, daß

[1] II² 1797 S. 467. Ähnlich v. STROMBECK Was ist Rechtens, wenn die oberste Staatsgewalt dem Zwecke des Staatsverbandes entgegenhandelt?³ 1831 S. 4f., 32f.

wir in Teutschland Revolutions-Prozesse führen können! So lange wir dies dürfen und dadurch Abhülfe unserer Beschwerden bewirken können, sind wir vor wirklichen gewaltsamen Revolutionen sicher.“ Auch die Landesgerichte entschieden über Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Untertan, doch traute man ihnen meist nicht genügende Unabhängigkeit gegenüber landesherrlichen Befehlen zu.

Die Entscheidungen der Reichsgerichte und die Schriften des achtzehnten Jahrhunderts darüber muten dem Inhalte nach vielfach ganz modern an. Ja es werden Fälle erörtert, die gar zu den berühmten Fällen unserer Tage gehören. „Gesetzt, ein Fürst setzt bei verändertem Münzfuß die bisherigen Münzsorten durch eine Verordnung unter ihren wahren innern Wert herab.“ Dann kann „der Gläubiger die Verbindlichkeit dieser Verordnung bestreiten, der Schuldner mag nun entweder der Fürst selbst, oder ein Privatmann sein, denn hier sind Rechte auf dem Spiel, die nicht willkürlich genommen werden können“[1]. Oder die Frage, ob die Pfändung der Effekten eines fremden Fürsten von der Regierung verhindert werden darf, eine Frage, die im bekannten Falle HELLFELD vom preußischen Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte ebenso bejaht wurde[2] wie vor 150 Jahren von D. G. STRUBEN[3], der sie aufwirft. Und doch besteht ein Unterschied zwischen heute und damals, den man allerdings nicht übertreiben darf.

Den Territorien und Reichsstädten fehlte nämlich noch der moderne Staatsgedanke. Mag man zugeben, daß die Territorien und Reichsstädte seit dem Westfälischen Frieden Staaten im weiteren Sinne waren, im Sinne von Trägern einheitlicher Staatsgewalt waren sie es noch nicht. Der moderne Gedanke, daß die Staatsgewalt eine Eigenschaft des Staates selbst ist, nicht ein auf diese und jene Personen im Staate verteiltes Recht, brach sich in Deutschland erst seit 1806 Bahn, als die Auflösung des Reiches zur Beantwortung der Frage nötigte, ob die Reichsgewalt auf die Landesherrn oder auf die nunmehr selbständigen Staaten übergegangen war[4]. Vorher wurde die Staatsgewalt als eine Summe von Hoheitsrechten oder Regalien aufgefaßt, deren Erwerb der Landesherr ebenso nachweisen mußte wie ein Privatmann den Erwerb irgendeines von ihm geltend gemachten Privatrechts. Will also z. B. ein Landesherr ein Privileg zugunsten der Abdecker einführen, kraft dessen alle verendeten Tiere an die Abdecker abzuliefern sind, so muß er dartun, daß ihm das Abdeckerei-Regal selbst zusteht. Er kann es sich nicht einfach beilegen. „Kein Landesherr kann ... eigenmächtig, ohne der Stände Genehmigung, die Anzahl der Regalien vermehren“[5]. Träger dieser Rechte war der Landesherr persönlich. Die Untertanen prozessierten nicht gegen das Abstraktum „Staat“, sondern z. B. „wider weiland Herrn HENRICH ALBRECHT, jetzo Herrn AUGUST Grafen ZU WITTGENSTEIN, Beklagten“[6]. Der Rechtsgründe für den Erwerb der Rechte gab es viele: Verleihung durch den Kaiser, Reichsgesetz, ständische Bewilligung, Erbschaft, Vertrag, Herkommen.

Trotz dieser Buntscheckigkeit der einzelnen Hoheitsrechte unterscheidet sich der verwaltende Staat jener Zeit nicht unbedingt vom heutigen. Auch der heutige Staat muß bei Erlassung eines belastenden Verwaltungsaktes nachweisen, daß ihm hierzu das Recht zusteht, auch heute würde die Regierung den Abdeckereizwang nicht ohne gesetzliche Grundlage einführen können. Allerdings überwiegt heute als ermächtigende Grundlage das Gesetz. Daneben gibt es aber auch heute noch Eingriffe kraft Herkommens und, namentlich im Wegerecht, kraft vertraglicher

---

1 HÄBERLIN a. a. O. II² S. 459.
2 Vgl. JahrbÖffR. V 1911 S. 252ff.
3 STRUBEN Rechtliche Bedenken III² 1777 S. 51f.
4 Vgl. „Lösung des Staatsproblems: Ist mit dem Begriffe der Souveränität der Begriff der Landstände vereinbar?“ (anonym) 1806 S. 18.
5 STRUBEN a. a. O. II² 1774 S. 275.
6 PÜTTER Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürsten-Rechte 1777 S. 149f.

Unterwerfung. Einen ausgesprochenen Zug ins Moderne erhielten aber die landesherrlichen Hoheitsrechte durch die Anerkennung des landesherrlichen Selbsthilferechts, des Polizeirechts und des ius eminens.

Wohl kam es vor, daß die Landesherren gegen ihre Untertanen auf Gehorsam klagten, und auch bei Verklagung der Landesherrn werden die klagenden Untertanen vom Gericht „zu schuldiger Pflicht, Gehorsam und Respekt gegen Herrn Beklagten ihren Landesherrn" angewiesen[1]. Aber der Landesherr hat es nicht nötig zu klagen; ihm steht das Selbsthilferecht zu; es wird ihm nicht als Bruch des Landfriedens angerechnet, wenn er mit Zwang gegen die Untertanen vorgeht und die Rolle des Klägers ihnen überläßt. Unter dem Eindruck der Bauernaufstände wurde den Landesherren durch den Reichsabschied von Speyer von 1526 § 9 gewaltsames Vorgehen gegen Aufruhr und Empörung sogar zur Pflicht gemacht[2]. Wenn auch das Wort „Selbsthilfe" für das, was wir heute Verwaltungszwang nennen, noch stark an die privatrechtliche Auffassung der landesherrlichen Hoheitsrechte erinnert, so ist doch die Anerkennung des sog. Selbsthilferechts ein wichtiger Schritt zur Anerkennung der Staatsgewalt.

Bedeutet Selbsthilfe nur die Form für die Geltendmachung der landesherrlichen Hoheitsrechte, so erweitert das Polizeirecht sie gegenständlich um ein beträchtliches. Unter dem Einflusse der naturrechtlichen Lehre vom staatsgründenden Vertrage, kraft dessen das Volk dem Herrscher alle Befugnisse überträgt, deren Handhabung die Wohlfahrt des Volkes befördert, billigte man dem Landesherrn auch die Handhabung der Polizei zu, d. i. „die innerliche gute Einrichtung der Bürgerlichen Verfassung . . . in so ferne, als dieses alles einen Einfluß in das Wohlsein und die Aufnahme des gemeinen Wesens hat"[3]. Was aber zur Polizei gehört, darüber steht allein dem Landesherrn die Entscheidung, „das plenum arbitrium" zu, „dergestalt daß kein Subditus hierbei sich eines begründeten Juris contradicendi anmaßen kann"[4].

Durch dieses Polizeirecht (ius politiae) wäre die Macht des Landesherrn ins Ungemessene gestiegen, wenn sie nicht eine Schranke in den wohlerworbenen Rechten (iura quaesita) der Untertanen gefunden hätte[5]. Kraft des Polizeirechts z. B. konnte der Landesherr die Untertanen zu Wolfsjagden anhalten, aber er konnte kraft dieses Rechts nicht ein altes Privileg aufheben, nach dessen Inhalt einer Familie Freiheit von allen Diensten zugebilligt worden war. Der Landesherr konnte Straßen anlegen und Dienste fordern, aber konnte nicht das Grundstück eines Untertanen kraft Polizeirechts zur Straße ziehen, da das Eigentum ein wohlerworbenes Recht ist. Aber auch wohlerworbene Rechte mußten weichen, wenn der Landesherr ein Staatsnotrecht, ein ius eminens geltend machte, allerdings nur gegen Entschädigung. Es fließt „ex Dominio Principis eminenti . . ., daß res privatorum, selbige möchten auch quocunque titulo oneroso acquiriert worden sein, gegen Ersetzung des Pretii eingezogen werden können, si praesertim hoc utilitas et necessitas publica suadeat, imo exigat"[6].

Die Rechte des Landesherrn und die Gegenrechte des Untertanen spiegeln sich deutlich in der Unterscheidung der Angelegenheiten in Regierungssachen und Justizsachen[7]. Regierungssachen unterliegen nicht der richterlichen Prüfung, Justizsachen unterliegen ihr. Erläßt der Landesherr z. B. ein Getreideausfuhrverbot, so ist dies an sich eine Regierungssache; der Kornhändler kann das Reichskammergericht oder den Reichshofrat nicht mit der Behauptung anrufen, das Aus-

[1] Pütter a. a. O. S. 151.
[2] Vgl. auch Cramer Wetzlarische Nebenstunden 2. Teil 1756 S. 122ff.
[3] Cramer 7. Teil 1757 S. 80.
[4] a. a. O. S. 81; vgl. auch Struben Rechtliche Bedenken IV² 1783 S. 51f.
[5] Cramer 7. Teil S. 84ff.
[6] Cramer 13. Teil S. 9.
[7] Häberlin Handbuch des teutschen Staatsrechts II² 1797 S. 456ff., 468ff.

fuhrverbot sei unnötig, da noch Korn genug im Lande vorhanden sei, auch eine gute Ernte bevorstehe. Behauptet aber der Kornhändler, er habe ein besonderes, vom Landesherrn verliehenes Privileg zum Getreidehandel mit einer außerhalb des Landes liegenden Grenzstadt, so verwandelt sich die Regierungssache in eine Justizsache und eignet sich zum Verfahren vor einem der beiden Reichsgerichte. Nun kann der Landesherr das Staatsnotrecht geltend machen, z. B. mit dem Hinweise, drohende Kriegsgefahr mache es nötig, alles Getreide im Lande zu behalten; dadurch wird die Justizsache wieder Regierungssache. Aber auch das ist noch nicht ihre letzte Wandlung. Entsteht Streit über die zu zahlende Entschädigung, so entscheiden die Gerichte; die Regierungssache wird wieder zur Justizsache.

Vielleicht läßt sich die nahe Verwandtschaft der Rechtsauffassung jener Zeit mit der heutigen nirgends deutlicher herausfühlen als gerade in dem eben geschilderten Verhältnis zwischen Regierungs- und Justizsachen. Nehmen wir ein der heutigen Zeit entsprechendes Beispiel. Eine Straße ist zu eng für den Verkehr, die Polizei ordnet Abbruch eines die Straße verengenden Hauses an. Die Frage, ob die Verbreiterung der Straße notwendig und zweckmäßig ist, ist auch heute „Regierungssache", denn kein Richter darf über sie entscheiden; die Frage aber, ob der Eigentümer des Hauses zum Abbruch polizeilich verpflichtet werden kann, ist eine Rechtsfrage und wird von den Verwaltungsgerichten entschieden, ist also, wenn keine Justiz-, so doch eine Gerichtssache. Sieht die Polizei von selbst oder kraft verwaltungsgerichtlichen Urteils ein, daß sie Beseitigung des Hauses nicht verlangen kann, so kann sie die Einleitung des Enteignungsverfahrens veranlassen; darüber entscheiden in den meisten deutschen Ländern nur die Verwaltungsbehörden, die „Gerichtssache" ist also wieder „Regierungssache". Für die Entschädigungsfrage aber sind schließlich die ordentlichen Gerichte zuständig. Auch hier also endigt die Angelegenheit als Justizsache.

## II. Der Polizeistaat.

Die Reichsgerichte übten ihre trotz aller Schwerfälligkeit segensreiche Tätigkeit als Beschützer des Bürgers gegen landesherrliche Übergriffe bis zum Ende des Reiches aus. Aber nicht alle Landesherren fügten sich der Gerichtsbarkeit. Namentlich war der zweite preußische König, FRIEDRICH WILHELM I., zu sehr vom Gedanken der in ihm ruhenden „Souveränität" durchdrungen, als daß er einen Richter über sich anerkannte. Im Jahre 1717 hatte er im Herzogtum Magdeburg den Lehnsnexus aufgehoben und den Besitzern von Lehngütern an Stelle der bisherigen Verpflichtung zur Stellung von Lehnpferden die Pflicht zur Zahlung einer jährlichen Abgabe (Kanon) auferlegt[1]. Da die Stellung von Lehnpferden außer Gebrauch gekommen war, fühlten sich die Rittergutsbesitzer durch die Abgabe beschwert und wandten sich, als sie wiederholt auferlegt wurde, an den Reichshofrat. Wie der König über diesen Schritt dachte, zeigt seine Instruktion für das Generaldirektorium vom 22. Dezember 1722, die in § 4 des Artikels 26 bestimmte, es sollten den renitierenden Edelleuten, „die sich weigern, den Lehnscanonem zu entrichten und deshalb an den Reichshofrath appelliret haben, ... allerhand Chicanen gemacht und ihnen solchergestalt der Kitzel vertrieben werden, gegen ihren angeborenen Landesherrn und Obrigkeit an dergleichen frevelhaftes und gottloses Beginnen weiter zu gedenken, geschweige denn selbiges wirklich vorzunehmen und auszuführen".

Den Staat, der sich so von reichsgerichtlichen Bindungen befreite, nennt man den Polizeistaat, weil die Polizeigewalt als die landesherrliche Fürsorge für „die

[1] Vgl. E. LOENING Gerichte und Verwaltungsbehörden 1914 S. 15ff.; Acta Borussica, Behördenorganisation, III 1901 S. 625f. Vgl. zum folgenden auch II 1898 S. 352.

innerliche gute Einrichtung der Bürgerlichen Verfassung"[1] sich zu der keine Widerstände duldenden Staatsgewalt entwickelte. Mannigfache Gründe führten zu dieser Stärkung des Landesherrn. Das stehende Heer und ein wohlgeschultes Berufsbeamtentum erhoben die landesherrliche Macht weit über die der Stände. Die Einführung indirekter, von ständischer Bewilligung unabhängiger Steuern drängte die Bedeutung der Stände noch mehr zurück; die bischöfliche Hoheit des evangelischen Landesherrn in Kirchensachen bedeutete für ihn einen neuen Machtzuwachs. Von Frankreich kam der Zauberklang des durch BODINs Werk über den Staat (1576) berühmt gewordenen Wortes „Souveränität" und das Vorbild des Sonnenkönigs LUDWIGS XIV. Unter diesen Umständen bedurfte es nur noch einer willensstarken Persönlichkeit, wie FRIEDRICH WILHELMs I., um die „suverenitet zu stabilieren" und „die krohne fest wie ein Rocher von Bronse" zu setzen. Die Tage des ständischen Staates waren gezählt, der absolute Staat trat an seine Stelle und mit ihm der Polizeistaat.

Das Verhältnis zwischen Staatsgewalt und Untertan im Polizeistaat ist sehr einfach geschildert: der Untertan befand sich zum Staate im Verhältnis unbedingter Unterworfenheit. Des Königs Wille war schlechthin maßgebend, gleichgültig, ob er in allgemeinen Gesetzen oder für den Einzelfall ausgesprochen wurde. So wissen wir von FRIEDRICH DEM GROSSEN, daß er in das Leben und Treiben der Potsdamer Bevölkerung vielfach mit Einzelanweisungen eingriff. Auch die bekannte Erzählung vom Müller von Sanssouci könnte wahr sein. Als unumschränkter Herrscher konnte der König dem Müller die Mühle wegnehmen. Tatsache ist allerdings, daß er im Gegenteil durch vielerlei Vergünstigungen es dem Müller ermöglichte, die — übrigens nur gepachtete — Mühle zu unterhalten, „weil sie dem Schlosse eine Zierde mache"[2]. Auch die Worte des Müllers: „Ja, wenn es nicht das Kammergericht in Berlin gäbe!" gehören daher ins Reich der Legende. Sie würden, ihre Wahrheit vorausgesetzt, zeigen, daß der Müller noch ganz in den Ideenkreisen des älteren Justizstaates lebte. Denn seit der „Stabilierung der Souveränität" durch des Königs Vater war eine Klage auf Unterlassung eines vom König vorzunehmenden Hoheitsaktes nicht mehr möglich. Auch war zu bedenken, daß die Landesgerichte ihre Unabhängigkeit gegenüber dem König erst erstreiten mußten und daß es dem allgewaltigen König freistand, einen schwebenden Rechtsstreit an sich zu ziehen und durch Machtspruch zu entscheiden.

Der berühmteste Fall eines solchen Eingriffs in die Justiz war der des Müllers ARNOLD[3]. Der Wassermüller CHRISTIAN ARNOLD war Erbpächter oder — das war eine der Streitfragen — Eigentümer der Krebsmühle in Pommerzig bei Züllichau in der Neumark und hatte an den Besitzer der Gutsherrschaft Pommerzig, den Grafen VON SCHMETTAU, eine Jahrespacht (oder sonstige jährliche Leistung) in Korn und barem Geld zu entrichten. Von Johanni 1771 an blieb er mit der Leistung im Rückstand und behauptete, zur Zahlung nicht imstande zu sein, weil ihm das zum Mühlenbetriebe erforderliche Wasser von dem Landrat v. GERSDORFF, der oberhalb der Mühle ein Gut besaß, entzogen werde. Es kam zu mehreren Prozessen zwischen dem Grafen VON SCHMETTAU und ARNOLD, die immer zugunsten des Grafen endigten, da man der Ansicht war, ARNOLD müsse sich an den Landrat v. GERSDORFF halten, dürfe aber dem Grafen die geschuldeten Leistungen nicht verweigern. Die Mühle

[1] CRAMER 7. Teil S. 80.

[2] SCHNEIDER Die historische Windmühle von Sanssouci, Märkische Forschungen 6 (1858) S. 165ff., 169.

[3] Vgl. zum folgenden ROSENFELD Die Geschichte des Müller Arnold-Prozesses, in „Aus der Festungszeit preußischer Kammergerichts- und Regierungsräte" 1910 S. 199ff.; DICKEL Beiträge zum preußischen Rechte, 1. Heft, 1891; HOLTZE Geschichte des Kammergerichts III 1901 S. 296ff.; KLOESS i. Z. f. techn. u. Gewerberecht 1912 S. 44ff.; HESSE i. d. niederländischen Zeitschrift „Themis" 90 (1929) S. 144ff., 281ff., 377ff.; E. SCHMIDT Rechtsentwicklung in Preußen[2] 1929 S. 26f.

wurde zwangsweise versteigert und ARNOLD im Februar 1779 zur Räumung gezwungen. Nach Zurückweisung einer an den König gerichteten Immediatbeschwerde fuhr ARNOLD persönlich nach Potsdam und wurde dort auf königlichen Befehl im August zu Protokoll gehört. Der König befahl, die Sache nochmals zu untersuchen, und ernannte als Kommissar einen Obersten, der zugunsten des Müllers berichtete. Die Neumärkische Regierung als Obergericht entschied aber wieder zuungunsten des Müllers. Auf erneute Eingabe des Müllers befahl der König dem nunmehr zuständigen Kammergericht, die Sache ganz kurz abzumachen und alsdann zu berichten, „wie dero Ordre befolget und die Sache geschlichtet worden". Auch das Kammergericht entschied, abgesehen von einem unerheblichen Punkte, zu ungunsten ARNOLDS. Hierauf ließ der König die nach seiner Meinung schuldigen drei Kammergerichtsräte am 11. Dezember 1779 zu sich kommen und fuhr sie hart an, da sie ein höchst ungerechtes Urteil bestätigt und seinen Namen „cruel gemißbraucht" hätten[1]. Wenn die Justizkollegien „die natürliche Billigkeit beiseite setzen, so sollen sie es mit Sr. Kön. Maj. zu tun kriegen. Denn ein Justizkollegium, das Ungerechtigkeiten ausübt, ist gefährlicher und schlimmer, wie eine Diebesbande; vor der kann man sich hüten, aber vor Schelmen, die den Mantel der Justiz gebrauchen, um ihre üble Passiones auszuführen, vor denen kann sich kein Mensch hüten, die sind ärger, wie die größten Spitzbuben, die in der Welt sind, und meritieren eine doppelte Bestrafung"[2]. Der König ließ die Kammergerichtsräte und vier Räte der Küstriner Regierung nebst dem Justitiar des grundherrlichen Gerichts verhaften und auf den Kalandshof in Berlin bringen. Gleichzeitig erließ er eine Ordre an den Minister v. ZEDLITZ, in der es heißt: „so gebe euch hierdurch auf, daß von Seiten des Criminalcollegii über diese 3 Leute (nämlich die Kammergerichtsräte) nach der Schärfe der Gesetze gesprochen, und zum mindesten auf Cassation und Festungsarrest erkannt wird, wobei auch zugleich zu erkennen gebe, daß, wenn das nicht mit aller Strenge geschiehet, ihr sowohl, als das Criminalcollegium es mit mir zu tun kriegen werde. Denn die Sache ist gar zu arg"[3]. Am zweiten Weihnachtsfeiertage gab aber der Kriminalsenat des Kammergerichts sein Gutachten dahin ab, daß alle Beschuldigten für schuldlos zu erachten und daß „wenn ja eine, durch keine Gesetze für strafbar erklärte irrige Einsicht oder Beurteilung der Sache, welche wir jedoch anzunehmen noch keinen Grund haben, in der dritten Prozeßinstanz, als die dieser Sache noch offen ist, erfindlich sein sollte, Ew. Königl. Maj. der gemeinen menschlichen Schwachheit solches in Gnaden zu übersehen geruhen werden"[4]. v. ZEDLITZ berichtete dem König und fragte, ob noch ein Kriminalurteil abgefaßt werden solle. Der König erwiderte sehr ungehalten bejahend[5]. „Wenn Soldaten was untersuchen und dazu Ordre kriegen, so gehen sie den geraden Weg und auf den Grund der Sache ... Allein Ihr könnet das nur gewiß sein, daß Ich einem ehrlichen Officier, der Ehre im Leibe hat, mehr glaube, als alle Eure Advokaten und Rechte. ... Und müsset Ihr nur wissen, daß Euer miserabler Styl, so Ihr da anbringet, nicht den mindesten Eindruck auf Mich macht. ... Hier ist ein Exempel nötig, weiln die Canaillen enorm von meinem Nahmen Mißbrauch haben, um gewaltige und unerhörte Ungerechtigkeit auszuüben." Als v. ZEDLITZ am 31. Dezember antwortete, er sei außerstande, ein kondemnatorisches Urteil gegen die in der ARNOLDschen Sache arretierten Justizbedienten abzufassen, erließ der König am 1. Januar 1780 einen Machtspruch[6]. „Wenn sie also nicht sprechen wollen, so thu ich es und spreche das Urthel nachstehendermaßen." Ein Küstriner Regierungsrat und ein Kammergerichtsrat werden aus dem Arreste entlassen. „Was hingegen zweitens die andern arretierten Justizbedienten sind, so werden solche hiermit kassiert und zum ein-

---

[1] ROSENFELD S. 210. [2] a. a. O. S. 212. [3] a. a. O. S. 215.

[4] Der wunderbare Bericht ist ganz abgedruckt bei HESSE a. a. O. S. 413ff. Vgl. auch ROSENFELD S. 218f.

[5] ROSENFELD S. 219f. [6] a. a. O. S. 220f.

jährigen Festungsarrest kondemnieret. Überdem sollen sie den Wert der ARNOLDschen Mühle sowohl als auch ihm selbst allen seinen gehabten Verlust und Schaden ... aus ihren eigenen Mitteln bezahlen und solcher gestalt soll drittens der Müller ARNOLD völlig in integrum restituiert werden." Die verurteilten Richter wurden am 7. Januar in Spandau eingeliefert und am 4. September auf königlichen Befehl wieder entlassen[1].

Eine der ersten Regierungshandlungen FRIEDRICH WILHELMS II. war es, die bestraften Richter für unschuldig zu erklären und ihnen wegen Schäden und Kosten ihre Rechte vorzubehalten (KabO. v. 14. Nov. 1786)[2]. Der König folgte damit einer Forderung der öffentlichen Meinung. Die öffentliche Meinung verbot aber auch in Zukunft eine Wiederholung solcher Machtsprüche[3]. Damit wurde der Allgewalt des Königs wenigstens eine Schranke gesetzt, die er übrigens schon 1779 empfindlich gespürt hatte: die Unabhängigkeit der Gerichte. Diese Schranke zeigte sich zunächst nur in den Streitigkeiten der Bürger untereinander, aber die Lehre des älteren Justizstaates von den wohlerworbenen Rechten gab der Schranke Bedeutung auch für das Verhältnis zwischen Landesherrn und Untertan. Allerdings durften sich die Gerichte nicht unterstehen, den Landesherrn oder die sonstige Obrigkeit zur Vornahme oder Zurücknahme eines Hoheitsaktes zu verurteilen, der Akt selbst blieb immer „Regierungssache" in der damals üblichen Sprechweise. Griff aber der Staat in ein wohlerworbenes Recht ein, dann war der als besondere juristische Person des Privatrechts neben dem Staat gedachte Fiskus zur Entschädigung verpflichtet, und wegen des Entschädigungsanspruchs konnten die Gerichte angerufen werden. Die §§ 74, 75 der Einleitung zum ALR., wonach einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staats den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls bei „Collision" nachstehen müssen, der Staat aber „denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten" ist, geben den typischen Rechtszustand des Polizeistaates wieder. Es galt, nach OTTO MAYERS geistreicher Prägung[4], für den Untertan der Satz „Dulde und liquidiere".

Da der Polizeistaat mit dem absoluten Staat aufs engste zusammenhängt, so liegt es nahe zu sagen, daß Preußen bis 1848 ein Polizeistaat war, und doch trifft dies nicht ganz zu. Außer der Unabhängigkeit der Gerichte entstand unter FRIEDRICH WILHELM II. mit Inkrafttreten des Allgemeinen Landrechts im Jahre 1794 die Herrschaft des Gesetzes oder wenigstens die Vorstellung davon[5]. Das ist ja das Eigentümliche dieses großen, Privatrecht und öffentliches Recht umfassenden Gesetzeswerks, daß es mit naturrechtlichen Gedankengängen durchsetzt ist, daß es keinen König, sondern nur ein republikanisch anmutendes „Oberhaupt des Staates" kennt und daß es unverkennbar dem „Gesetze" eine gewisse Vormachtstellung einräumt (z. B. Einl. §§ 85,87). Vor allem bildete das Gesetzeswerk selbst eine Hemmung für absolutistische Machtbetätigungen. So bestimmte § 10 II 1 über die Eheschließung: „In den durch die Gesetze des Staats schlechterdings verbotenen Graden findet keine Dispensation, sie werde erteilt von wem sie will, mit rechtlicher Wirkung statt." FRIEDRICH WILHELM IV. bezog das „von wem sie will" auch auf sich selbst und hielt sich nicht für berechtigt, eine Dispensation zu erteilen[6]. Aber auch nach der anderen Richtung bedeutet das Jahr 1848 nicht das Ende des Polizeistaats.

---

[1] a. a. O. S. 11, 197. [2] a. a. O. S. 226f.

[3] Die trotzdem vereinzelt auch später noch vorkamen: A. STÖLZEL Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung II 1888 S. 317ff., 326ff., 334f.

[4] I S. 53 Anm. 27. [5] Siehe unten S. 88.

[6] Allerh. Ordre v. 28. Sept. 44, JMBl. 1844 S. 244, die THOMA HdbDStR. II S. 229 N. 21 nicht gewürdigt hat. Außerdem darf man aus der kaum mehr erheblichen persönlichen Verwaltungstätigkeit des Königs nicht auf die Verwaltung überhaupt schließen, so wenig es heute ge-

Erst mit der Einführung unabhängiger Verwaltungsgerichte wurde dem verwaltenden Staate wieder eine Schranke gesetzt, und noch heute gibt es ganze Verwaltungszweige, in denen mangels eines verwaltungsgerichtlichen Schutzes polizeistaatliche Zustände herrschen, namentlich auf dem Gebiete der Unterrichtsverwaltung.

## III. Der heutige Rechtsstaat.

Wenn versehentlich ein Unschuldiger verhaftet wird, dann beklagt er sich bitter, daß so etwas in einem „Rechtsstaate" möglich sei. Er hat dabei die dunkle Vorstellung, daß Rechtsstaat ein Staat ist, der seinen Bürgern niemals Unrecht tut. Wenn sich das Ideal auch nie wird verwirklichen lassen, so lassen sich doch gewisse Forderungen aus ihm ableiten, die mit dem heutigen Rechtsstaatsgedanken verbunden sind.

**1. Verfassungsstaat.** Der Staat soll nicht Unrecht tun. Unrecht kann aber eine Handlung nur sein gemessen an einem von der Handlung unabhängigen Beurteilungsmaßstab. Dies führt zu der Folgerung, daß ein Rechtsstaat im vollen Wortsinne nur im Verfassungsstaat möglich ist, nur in einem Staate, wo Gesetzgebung und Verwaltung sich nicht in einer einzigen Person vereinigen. Wohl hat im Preußen des 19. Jahrhunderts auch der absolute König sich tatsächlich in gewissem Umfange an das verkündete allgemeine Gesetz gehalten (S. 87), aber es bestand keine rechtliche Gewähr, daß er dies immer tun werde. Die Grundlagen eines gesicherten Rechtsstaates waren in Deutschland vielmehr erst von dem Augenblicke an vorhanden, als der Landesherr in der gesetzgebenden Gewalt durch eine Volksvertretung beschränkt war.

Auf der Grundlage des Verfassungsstaates erhebt sich das Verlangen nach einer Reihe von Sicherungen des Bürgers vor staatlichen Übergriffen.

**2. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.** Der erste Grundsatz des Rechtsstaates ist der von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Man meint damit nicht oder nicht in erster Linie, daß kein Verwaltungsakt einem Gesetze widersprechen darf, denn das versteht sich von selbst, sondern daß kein belastender Verwaltungsakt ohne gesetzliche Grundlage ergehen darf. Der Grundsatz ist schon von MONTESQUIEU mit unzweideutiger Klarheit ausgesprochen worden, wenn er sagt, daß niemand zu Handlungen gezwungen werden könne, zu denen ihn das Gesetz nicht verpflichte[1], selbst das ALR. des absoluten Königreichs erkennt ihn an, wenn es Handlungen oder Begebenheiten pflichtbegründende Wirkung „allein" kraft gesetzlicher Bestimmung beilegt (§ 85 Einl.), auch sonst ist man sich des Grundsatzes früh bewußt geworden. Der Meinung, daß er sich in Deutschland erst vor einigen Jahrzehnten entwickelt habe[2], oder gar, daß er nicht einmal heute gelte[3], kann nicht beigetreten werden. Wenn also der Polizeipräsident einem Privatmusiklehrer aufgibt, sich entweder der Musiklehrerprüfung zu unterziehen oder

---

stattet ist, mit Rücksicht auf die Diktaturbefugnisse des Reichspräsidenten und der Landesregierungen die Herrschaft des Gesetzes zu leugnen.

[1] Vgl. oben S. 6f.

[2] So BÜHLER Subj. Rechte 1914 S. 71ff. Dagegen meine Besprechung im ArchÖffR. 32 (1914) S. 585ff. u. ANSCHÜTZ in G. MEYER-ANSCHÜTZ S. 761 Anm.; vgl. auch Abg. TWESTEN im pr. AbgH. am 23. Nov. 68, Sten. Ber. S. 195; ROSIN Begriff der Polizei 1895 S. 45; E. LOENING Gerichte und Verwaltungsbehörden 1914 S. 135, 137ff., auch VerwArch. 2 (1894) S. 461, 463ff.; HUBRICH im VerwArch. 16 (1908) S. 546, 571. — WEYR, der sich in ÖZÖffR. 3 (1918) S. 370 gegen BÜHLERS These mit der Bemerkung wendet, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung könne als logisch notwendig überhaupt nicht geschichtlich entstanden sein, übersieht wohl, daß das Wort „Gesetz" hier im Sinne von Willensäußerung der höchsten Staatsgewalt gebraucht wird.

[3] So neuerdings wieder H. PETERS S. 225ff.

seine Tätigkeit als Lehrer einzustellen, so mag er sich auf eine Anweisung des Regierungspräsidenten und dieser auf eine Verordnung des Ministers berufen, die Gültigkeit des Befehles ist damit doch noch nicht erwiesen; erst wenn ein Gesetz den Minister ermächtigt, dem Regierungspräsidenten die Befugnis zu verleihen, zu bestimmen, daß der Polizeipräsident gegen ungeprüfte Musiklehrer einschreite, ist das Vorgehen des Polizeipräsidenten gerechtfertigt. Der Grundsatz hat eine gewisse Verwandtschaft mit dem strafrechtlichen „nulla poena sine lege", verbietet aber nicht wie dieser, dem belastenden Gesetze rückwirkende Kraft beizulegen, verbietet auch nicht, wie sich noch zeigen wird, unbedingt die analoge Auslegung des belastenden Gesetzes zuungunsten des einzelnen.

**3. Genau umschriebene Ermächtigungen.** Die gesetzliche Ermächtigung kann so allgemein gehalten sein, daß sie den Grundsatz im Ergebnis nahezu aufhebt. So wird z. B. Art. 48 RV. zum Vorwurf gemacht, daß er mit den Grundsätzen des Rechtsstaates nicht im Einklang stehe, da die Ermächtigung des Reichspräsidenten, „die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen" zu treffen, „wenn im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird," ihm eine so gut wie schrankenlose Macht verleihe. Eine weitere Forderung an den Rechtsstaat ist daher genaue Abgrenzung der staatlichen Machtbefugnisse. „Der Staat soll Rechtsstaat sein. Das ist die Losung und ist in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neuen Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern"[1]. In hohem Maße verwirklicht ist der Grundsatz im Steuerrecht[2]. Das Gesetz bestimmt meist ganz genau, was steuerbares Einkommen ist und was bei Vorhandensein solchen Einkommens an Steuern zu zahlen ist. Im Polizeirecht führte der Grundsatz namentlich in Süddeutschland zur Aufstellung von Polizeistrafgesetzbüchern[3], die genau umschreiben, was verboten ist oder von Polizei wegen verboten werden kann, im Gegensatze zum preußischen Grundsatze, der Polizei nur Richtlinien allgemeinster Art für den Erlaß von Polizeiverordnungen und -verfügungen zu erteilen. So enthält z. B. das badische Polizeistrafgesetzbuch vom 31. Oktober 1863 Bestimmungen über den Besitz von Waffen, insbesondere von Kanonen, den Verkehr mit Brieftauben, den unerlaubten Verkehr mit Gefangenen, unbefugte Namensänderungen, verbotene Lieder und Abzeichen, unerlaubte Nachtmusiken, Herumlaufenlassen der Hunde, Volksfeste, Tanzbelustigungen, Haussammlungen, öffentliche Schaustellungen, Zaubereien, Wahrsagen, Traumdeuten, Schulversäumnisse, uneheliches Zusammenleben, Baden in öffentlichen Wassern, Trunkenheit, Wirtshausbesuch, Tierquälerei, Kurpfuschertum, Gesundheitspflege, Tierkrankheiten, Abdeckereien, Badeanstalten, Leichenschau, Aufsicht über Geisteskranke und Blödsinnige, Betreten gefährlicher Orte, Abrichten von Fanghunden auf Menschen, Errichtung von Schießstätten, Sprengungen, Auslöschen von Straßenlaternen, Feuerlöschordnungen, unerlaubte Bauausführungen, Benutzung verbotener Wege, Beförderung roher Tierhäute, Verunreinigung öffentlicher Denkmäler und öffentlicher Sitzbänke, Ausgrabungen, Vermietung von Schlafstellen, Anfertigung von Nachschlüsseln, diebstahlsverdächtige Juwelen, Vertilgung schädlicher Tiere, Flußüberfahrten, Brückenordnungen u. dgl. Die preußische Ermächtigung zum Erlasse ortspolizeilicher Vorschriften im Gesetze vom 11. März 1850 ist viel allgemeiner

---

[1] Fr. J. Stahl Philosophie des Rechts II $2^2$ (1878) S. 137.

[2] Folgerungen daraus z. B. in den Entscheidungen PrOVG. 2. Okt. 14 u. 1. Febr. 16, Entsch. 68, 193ff. u. 70, 175ff.

[3] Bad. PolStGB. v. 31. Okt. 1863, bay. PolStGB. v. 26. Dez. 1871, württ. PolStG. v. 27. Dez. 1871. Hierzu das rechtsvergleichende Werk von Thoma Der Polizeibefehl im badischen Recht I 1906.

gefaßt und enthält unter § 6i eine Generalklausel, die erkennen läßt, daß die vorhergehenden Ermächtigungen nur Beispiele sind; zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften gehört nämlich „alles..., was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß". Die Ermächtigung zu Polizeiverordnungen höherer Ordnung geht ebensoweit. Die Polizeistrafgesetzbücher enthalten aber außer der Bevorzugung des Gesetzes gegenüber der Verordnung auch die des Gesetzes als Rechtssatzes gegenüber der Einzelanordnung. Während in Preußen mit geringen Ausnahmen der Satz gilt, daß die Polizeibehörde freie Hand hat, ob sie etwas durch Verordnung oder durch Verfügung regeln will, reicht unter der Herrschaft der Polizeistrafgesetzbücher die Verordnungsbefugnis der Behörden weiter als die Befugnis zum Erlasse von Polizeiverfügungen.

**4. Vorherrschen der gebundenen Verwaltung.** Die Herrschaft des Gesetzes verlangt endlich tunlichste Einschränkung des freien Ermessens. Erst dann ist die Verwaltung im höchsten Sinne des Wortes „gesetzmäßig", wenn die Behörde bei gegebenem Tatbestande eindeutig gebunden ist. In diesem Sinne erreicht wieder die Steuerverwaltung nahezu das Ideal; denn der Steuertatbestand zwingt das Finanzamt zur Besteuerung, selbst bei Härteklauseln ist es an „Recht und Billigkeit" gebunden[1]. Das Finanzamt hat also eine unverkennbare Ähnlichkeit mit der Staatsanwaltschaft. In anderen Verwaltungszweigen kommt die Gebundenheit häufig bei der Bescheidung von Anträgen vor, während der Entschluß zum Einschreiten von Amts wegen meistens frei ist.

In dem Worte „Rechtsstaat" liegt aber außer der Gleichsetzung von „Recht" und „Gesetz" auch und vielleicht vor allem die Wortbedeutung von „Recht" = „Gericht", dieselbe Bedeutung, die z. B. dem Worte „Rechtsweg" zugrunde liegt. Der Bürger soll nicht nur gesetzliche Rechte gegen den Staat haben, sondern auch gegen Übergriffe und Unterlassungen der Staatsgewalt durch Gerichte oder gerichtsmäßige Einrichtungen geschützt werden.

**5. Förmliche Verwaltungsakte.** Eine solche gerichtsmäßige Einrichtung ist der förmliche Verwaltungsakt; er entspricht dem gerichtlichen Urteil[2]. Wie im Strafrecht der Verbrecher nicht schon kraft Gesetzes gerichtet ist und ins Gefängnis gebracht werden kann, sondern erst nach Ausspruch der Strafe in einem rechtskräftigen Urteil, so ist es eine Forderung des Rechtsstaates, daß sich auch in der Verwaltung zwischen den Tatbestand und die Vollstreckung ein förmlicher Akt schiebt, der die Rechte und Pflichten des Bürgers genau angibt. So wurde es vor einigen Jahren als sehr lästig empfunden, daß man die Höhe der zu zahlenden Einkommensteuer selbst ausrechnen und sie auf Grund der Ausrechnung zahlen mußte, während es doch das seit langem Übliche war, daß die Finanzbehörde durch einen förmlichen Verwaltungsakt, nämlich die Veranlagung oder den Steuerbescheid, die Steuerschuld festsetzte. Von der Polizei verlangen wir, daß sie, außer bei Gefahr im Verzuge, das baufällige Haus nicht einfach abreißt, sondern erst eine Verfügung erläßt, die den Abbruch befiehlt. Auch bei der Enteignung ergeht ein förmlicher Beschluß, ebenso bei Maßregeln der Kommunalaufsicht, der Beamtendisziplin u. a. m.

Die Formgebundenheit der Verwaltung ist aber noch keine genügende Gewähr für die Innehaltung der Gesetze. Hat man es doch erlebt, daß ein Regierungspräsident fast seinen ganzen Bezirk als „hervorragend schöne Gegend" im Sinne des Verunstaltungsgesetzes bezeichnete und daß eine Polizeibehörde beim Einschreiten gegen Zigeuner die Ansicht vertrat, das Wandern eines Zigeuners mit seinem Vetter sei das im Gesetze verbotene Wandern „in Horden". Die Forderung geht daher auf Nachprüfung der Verwaltungsakte durch unabhängige Gerichte.

---

[1] Vgl. oben S. 34. [2] Über diesen Zusammenhang vor allem Otto Mayer I S. 59ff.

**6. Der neuere Justizstaat.** Die Form, in der man sich die Nachprüfung bis in die sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts dachte, war die Anrufung der ordentlichen Gerichte, also der Justizstaat. Zwar gab es schon vorher eine sog. „Verwaltungsrechtspflege“, eine „Administrativjustiz“, doch bedeutete sie nichts als Rechtspflege durch die Verwaltungsbehörden selbst, wenn auch in einem förmlichen Verfahren. So entschieden nach dem sächsischen A-Gesetze vom 28. Januar 1835 die Verwaltungsbehörden in Streitigkeiten über Erlangung und Verlust des Staatsbürgerrechts, über die Verbindlichkeit zu Staats- und Kommunalabgaben, über Polizeigegenstände (§ 8). Nach dem D-Gesetze, das Verfahren in Administrativjustizsachen betreffend, vom 30. Januar 1835 waren erste Instanz z. B. die Lokalpolizeibehörden, zweite Instanz die Kreisdirektionen, dritte Instanz die Verwaltungsministerien in der Besetzung mit dem Vorstande des Ministeriums als Vorsitzenden, zwei Räten des Ministeriums und zwei Räten der oberen Justizstellen als Beisitzern. Gegen die Entscheidungen der dritten Instanz war, wenn sie von beiden vorinstanzlichen Entscheidungen abwich, noch einmal der Rekurs zulässig, über den dasselbe Kollegium unter Zuziehung eines dritten höheren Richters entschied; doch gab die Stimme des Vorsitzenden bei Stimmengleichheit den Ausschlag (§§ 3, 18, 21, 24). Trotz solcher organisatorischen Mängel konnte die Verwaltungsrechtspflege alten Stiles einen vollwertigen Schutz für den Bürger bedeuten, wenn sie von richterlichem Geiste getragen war. Beim Württembergischen Geheimen Rat, einem aus Ministern, jederzeit absetzbaren Räten und den Vorständen des Obertribunals zusammengesetzten Kollegium, traf diese Voraussetzung anscheinend zu[1]. Dennoch überwogen die Mängel der Einrichtung in den Augen des Volkes so stark, daß die Reichsverfassung der Paulskirche vom 28. März 1849 im § 182 bestimmen konnte: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte“. Diese neuere Form des Justizstaates, neu deshalb, weil sie sich von der Meinung losgemacht hatte, nur ein übergeordnetes, ein Reichsgericht sei eine vollwertige Rechtsschutzeinrichtung, wurde mehrfach verwirklicht, so in Oldenburg, Braunschweig und namentlich in den Hansestädten. § 15 der bremischen Verfassung vom 21. Februar 1854 bestimmte ohne Einschränkung: „Jedem, der sich durch eine Verwaltungsmaßregel in seinen Privatrechten gekränkt glaubt, steht der Rechtsweg offen.“ In Hamburg galt ähnliches Recht[2], in Lübeck gilt es neben der Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes noch heute[3].

Der bedeutendste Wortführer des Justizstaates war der kurhessische Jurist Otto Bähr, kein Zufall, da Kurhessen eine ruhmreiche justizstaatliche Vergangenheit hatte. Durch landesherrliches Edikt vom 26. November 1743 war „anstatt der höchsten Reichsgerichte, wohin sonst die Appellationes bishero gegangen“, das Ober-Appellationsgericht zu Cassel bestellt worden, mit der Maßgabe, daß es „besonders in den Sachen, so Uns und Unsere Nachfolger, Unsere Kammer, Ämter und Jura und Unsere Beamten und Bedienten, die in Unserem Namen agieren, einigermaßen betreffen, . . . auf nichts, als Gott den Allmächtigen, und eine ganz unparteiische reine Justiz, worauf sie ihren Eid abgelegt und geschworen, ein- vor allemal gebunden und verwiesen“ wurde[4]. Die Unabhängigkeit der Justiz war auch tatsächlich gesichert, so daß in Kurhessen der ältere Justizstaat des Reichskammergerichts und des Reichshofrats ohne Unterbrechung in den neueren Justizstaat überging. Es ist üblich, Otto Bähr als einen unbedingten Anhänger der justizstaatlichen Spielart des Rechtsstaates hinzustellen. Nach seinen eigenen Worten

---

[1] Bühler Zuständigkeit der Zivilgerichte 1911 S. 34ff.

[2] G. betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege v. 23. April 79 § 24 II.

[3] G. ü. d. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 6. Dez. 16 § 15; dazu Hartmann in HansRZ. 1 (1917/18) Sp. 75ff.

[4] O. Bähr Der Rechtsstaat 1864 S. 137f.

war er es aber keineswegs. In seiner 1864 erschienenen Schrift „Der Rechtsstaat" sagt er: „Wir sind zwar der Ansicht, daß niemand ein tüchtiger Richter auf dem Gebiete des Privatrechts sein könne, der nicht auch diejenige Einsicht in das Wesen des Staates besitze, welche ein Verständnis des öffentlichen Rechts bedingt. Indessen wollen wir über jene Frage nicht rechten. Wenn die gewöhnlichen Gerichte nicht für geeignet gehalten werden, über die Fragen des öffentlichen Rechts zu entscheiden, so schaffe man Gerichte eigens für jenen Zweck" (S. 69). „Wenn... die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über öffentliche Rechte nicht als Richterspruch gelten können, man diesen Richterspruch aber auch nicht den gewöhnlichen Gerichten anvertrauen will, so bleibt nur ein Drittes übrig, wenn anders auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Recht gesprochen werden soll: man schaffe Gerichte des öffentlichen Rechts" (S. 70f.). BÄHR verweist hier auf GNEISTS Englisches Verfassungsrecht, dem er „eine wesentliche Anregung und Förderung für diese Schrift" verdanke. Nur für den höchsten Rechtszug befürwortet BÄHR ein einheitliches Gericht. „Mag man daher immerhin, wenn man es für dienlich erachtet, in den unteren Instanzen beide Gebiete der Rechtsprechung sondern; in letzter Instanz würden wir doch einer Vereinigung beider unter einem höchsten Gericht, sei es auch nur als Cassationshof, den Vorzug geben" (S. 71). Die vor mehreren Jahren erwogene Eingliederung des Reichsverwaltungsgerichts in das Reichsgericht würde BÄHRS Vorschlag im Reiche verwirklicht haben.

Beim Justizstaat denkt man vor allem an die Verwendung der Zivilgerichte für den Rechtsschutz zwischen Staat und einzelnem. Daneben können aber auch die Strafgerichte eine Rechtsschutzeinrichtung des Verwaltungsrechts sein, wenn nämlich der einzelne z. B. wegen Ungehorsams gegen ein Polizeigesetz, eine Polizeiverordnung oder eine Polizeiverfügung angeklagt wird und der Strafrichter das Vorliegen eines Ungehorsams oder die Gültigkeit der Verordnung oder Verfügung prüft. Man findet diese nicht ganz einwandfreie Art des Rechtsschutzes, die den einzelnen immer der Gefahr einer Bestrafung aussetzt, namentlich dort, wo es an genügenden sonstigen Arten des Rechtsschutzes fehlt. Die bedeutsame Rechtsprechung der bayerischen Strafgerichte in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten erklärt sich daraus, daß die Zuständigkeit des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs weniger umfaßt als in anderen Ländern.

**7. Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.** Der Justizstaat ist nur eine von mehreren möglichen Formen des Rechtsstaates. Die Gerichte, deren Schutz man in öffentlichrechtlichen Dingen anrufen will, brauchen ja nicht notwendig die ordentlichen Gerichte zu sein. Es können auch besondere Gerichte sein, wenn ihre Mitglieder nur die gleiche persönliche Unabhängigkeit besitzen wie die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Der Staatsrechtslehrer RUDOLF VON GNEIST, auf dessen Schriften über englisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht OTTO BÄHR hinweist, ist es vor allem gewesen, der für den obersten Rechtszug die Einführung eines besonderen, mit rechts- und verwaltungskundigen Männern besetzten Gerichtshofes befürwortet und in den unteren Rechtszügen die durch ehrenamtliche Beimischung unparteiisch zu machenden Verwaltungsbehörden als Verwaltungsgerichte vorgeschlagen hat[1]. Im großen und ganzen wurden die organisatorischen Vorschläge GNEISTS in Deutschland verwirklicht. Baden machte 1863 den Anfang[2], Preußen folgte 1872 und errichtete sein Oberverwaltungsgericht im Jahre 1875[3],

[1] GNEIST Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht II 1860 S. 896f.; DERSELBE Der Rechtsstaat[1] 1872 S. 167ff.; DERSELBE in 12. DJT. (1875) III S. 221ff. Über ihn vgl. die Hinweise oben S. 62 Anm. 1.

[2] G. v. 5. Okt. 63; vgl. jetzt G. v. 24. Febr. 80 u. v. 14. Juni 84.

[3] KrO. v. 13. Dez. 72, G. v. 3. Juli 75; vgl. jetzt vor allem LVG. v. 30. Juli 83 u. ZustG. v. 1. Aug. 83.

Hessen richtete die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den unteren Rechtszügen im Jahre 1874 ein und rief den Verwaltungsgerichtshof im Jahre 1875 ins Leben[1], auch den österreichischen VGH. schuf ein Gesetz vom Jahre 1875[2], dann kamen Württemberg 1876[3], Bayern 1878[4], Anhalt 1888[5], Braunschweig 1895[6], Sachsen-Meiningen 1897[7], Lippe 1898[8], Sachsen-Coburg und Gotha 1899[9], das Königreich Sachsen, dem sich später die beiden Reuß anschlossen, 1900[10], Oldenburg 1906[11], die thüringischen Länder Sachsen-Weimar-Eisenach, Sachsen-Altenburg und die beiden Schwarzburg durch Errichtung eines gemeinsamen thüringischen Oberverwaltungsgerichts, dessen Zuständigkeit auch Sachsen-Coburg und Gotha umfaßte, 1910[12], Lübeck 1916[13], Hamburg 1921[14], Mecklenburg-Schwerin[15] und Mecklenburg-Strelitz[16] unabhängig voneinander 1922, Bremen 1924[17]. Von den deutschen Ländern hat nach der Vereinigung Waldecks mit Preußen nur noch Schaumburg-Lippe kein Verwaltungsgericht.

Der Rechtszustand ist heute kurz folgender[18]. Preußen hat drei Stufen von Verwaltungsgerichten, die Kreis- und Stadtausschüsse, die Bezirksausschüsse und das Oberverwaltungsgericht. In Bayern sind die Bezirksverwaltungsbehörden (Bezirksämter, Stadträte) und über ihnen die Kreisregierungen, Kammern des Innern, in „Verwaltungsrechtssachen“ tätig, ohne ausdrücklich als „Verwaltungsgerichte“ bezeichnet zu werden; im höchsten Rechtszuge entscheidet der Verwaltungsgerichtshof. Sachsens Verwaltungsgerichte sind die Kreishauptmannschaften in dreiköpfiger Zusammensetzung und das Oberverwaltungsgericht in Dresden. Württemberg hat seit Wegfall der Kreisregierungen im Jahre 1924 nur noch ein Verwaltungsgericht, den Verwaltungsgerichtshof in Stuttgart. In Baden entscheiden die Bezirksräte und der Verwaltungsgerichtshof zu Karlsruhe, in Thüringen das Landesverwaltungsgericht (seit 1930) und das Oberverwaltungsgericht zu Jena, in Hessen die Kreisausschüsse, die Provinzialausschüsse und der Verwaltungsgerichtshof zu Darmstadt, in Hamburg das Verwaltungsgericht und das Oberverwaltungsgericht, in Mecklenburg-Schwerin, einander gleichgeordnet, die Amts- und Stadtverwaltungsgerichte und über ihnen das Landesverwaltungsgericht zu Schwerin, in Oldenburg die mit den Verwaltungsbehörden eng verbundenen Verwaltungsgerichte, nämlich im Landesteil Oldenburg der Amtshauptmann, in den Städten 1. Klasse der Bürgermeister als Vorsitzender mit den Mitgliedern des Amtsvorstands oder des Stadtmagistrats als Beisitzern, in den Landesteilen Lübeck und Birkenfeld der Regierungspräsident als Vorsitzender mit vier besonders bestellten Beisitzern, und das Oberverwaltungsgericht zu Oldenburg, in Braunschweig als einziges Verwaltungsgericht der Verwaltungsgerichtshof zu Braunschweig, in Anhalt die Kreisverwaltungsgerichte, das Landesverwaltungsgericht und über ihm noch — trotz der Kleinheit des Landes — das Oberverwaltungsgericht zu Dessau, in Bremen das Verwaltungsgericht, in Lippe die Kreisverwaltungsgerichte und das Oberverwaltungsgericht zu Detmold, in Lübeck das Verwaltungsgericht und in Mecklenburg-Strelitz die Bezirksverwaltungsgerichte und das Landesverwaltungsgericht zu Neustrelitz. Daneben gibt es noch Sonderverwaltungsgerichte der Länder von nicht allzu großer Bedeutung.

---

[1] G. v. 12. Juni 74 u. v. 11. Jan. 75; vgl. jetzt G. v. 8. Juli 11.
[2] G. v. 22. Okt. 75; vgl. jetzt Bund.-Verf. 1929 Art. 129ff.
[3] G. v. 16. Dez. 76. [4] G. v. 8. Aug. 78.
[5] G. v. 27. März 88 mit wichtigen Änderungen durch G. v. 13. Mai 27.
[6] G. v. 5. März 95. [7] G. v. 15. März 97. [8] G. v. 9. Febr. 98. [9] G. v. 14. Nov. 99.
[10] G. v. 19. Juli 00. [11] G. v. 9. Mai 06.
[12] Staatsvertrag v. 15. Dez. 10; vgl. jetzt thür. LVO. v. 10. Juni 26.
[13] G. v. 6. Dez. 16. [14] G. v. 2. Nov. 21. [15] G. v. 3. März 22. [16] G. v. 17. Aug. 22.
[17] G. v. 6. Jan. 24.
[18] Tabellarische Übersicht bei Apelt Der Instanzenzug der Verwaltung in Reich und Ländern 1929 S. 193ff.

Sollen diese Verwaltungsgerichte den rechtsstaatlichen Forderungen völlig genügen, so müssen sie mit rechtswissenschaftlich vorgebildeten Richtern, mit oder ohne Laienbeteiligung, besetzt sein, die sich in der größtmöglichen Unabhängigkeit von der Verwaltung befinden. Der MONTESQUIEUsche Gedanke müßte also auch im Verhältnis von Verwaltung und Verwaltungsgericht verwirklicht werden. Die größtmögliche Unabhängigkeit würde aber nur dann bestehen, wenn die Verwaltungsrichter ebenso sicher vor Einwirkungen der Staatsregierung wären wie die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wenn sie also lebenslänglich angestellt, unabsetzbar, unversetzbar und keiner disziplinaren Ahndung auf dem Verwaltungswege ausgesetzt wären [1]. Das Gesetz könnte der Forderung auf zwei Arten genügen: durch Gleichstellung der Verwaltungsrichter mit den ordentlichen Richtern oder durch Verwendung von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit als Verwaltungsrichtern für die Dauer ihres Hauptamtes.

Betrachtet man die deutschen Verwaltungsgerichte unter diesem Gesichtspunkte, so genügen die unteren und mittleren Verwaltungsgerichte den Forderungen der Lehre von der Gewaltenteilung im allgemeinen nicht. In Bayern und Sachsen entscheiden ausschließlich Beamte der aktiven Verwaltung, ohne in ihrer Entschlußfreiheit durch die Anwesenheit von Laienrichtern beeinflußt zu sein, in Preußen, Baden, Hessen und im Landesteil Oldenburg fallen die unteren Verwaltungsgerichte zusammen mit den aus Berufsbeamten und Laien gebildeten Verwaltungsbehörden. Die verwaltungsgerichtliche Sitzung eines Kreisausschusses unterscheidet sich von einer sonstigen äußerlich nur durch ein gewisses Mehr an Feierlichkeit; so besteht während der Verhandlung unbedingtes Rauchverbot. In Thüringen, den beiden Mecklenburg, den oldenburgischen Landesteilen Lübeck und Birkenfeld, in Lippe und beim unteren und mittleren Rechtszug in Anhalt gibt es zwar besondere Verwaltungsgerichte, doch ist der Vorsitzende entweder, wie in den oldenburgischen Landesteilen Lübeck und Birkenfeld und neuerdings bei den Kreisverwaltungsgerichten in Anhalt, kraft Gesetzes aktiver Verwaltungsbeamter und Gerichtsvorsitzender in einer Person, oder er wird auf Zeit oder auf die Dauer seines Hauptamtes bestellt, genießt also, wenn das Hauptamt kein richterliches ist, nicht den Vorzug der Unversetzbarkeit. Nur das Verwaltungsgericht Hamburg entspricht den höchsten Anforderungen des Rechtsstaates. Der hamburgische Senat ernennt den Vorsitzenden aus den Berufsrichtern des Landgerichts auf die Dauer des Hauptamtes. Die für jede Sitzung nötigen beiden Beisitzer werden auf gutachtlichen Vorschlag der Vollversammlung des Verwaltungsgerichts von der Bürgerschaft auf drei Jahre gewählt.

Bei den obersten Verwaltungsgerichten oder, wo es nur ein Verwaltungsgericht gibt, bei diesem steht es mit der persönlichen richterlichen Unabhängigkeit besser. Das preußische Oberverwaltungsgericht, der bayerische Verwaltungsgerichtshof, das sächsische und seit 1926, von den Hilfsrichtern abgesehen, auch das thüringische OVG. sind ausschließlich mit lebenslänglich angestellten Verwaltungsrichtern besetzt, der württembergische und der badische VGH. entweder mit lebenslänglich angestellten Verwaltungsrichtern oder Oberlandesgerichtsräten im Nebenamte auf die Dauer ihres Hauptamtes. Das hamburgische OVG. entscheidet in der Besetzung mit einem Vorsitzenden, zwei rechtsgelehrten Beisitzern und zwei von der Bürgerschaft auf drei Jahre gewählten Beisitzern. Der Vorsitzende und die rechtsgelehrten Beisitzer müssen dem Hanseatischen Oberlandesgericht angehören und werden auf die Dauer ihres Hauptamtes ernannt. Um daher Universitätsprofessoren zu OVG.-Räten ernennen zu können, mußte der Senat sie zunächst zu OLG.-Räten machen. Wie in Hamburg versehen in Oldenburg drei richterliche

---

[1] Über diesen Unterschied der persönlichen und der bloß sachlichen Unabhängigkeit vgl. RStGH. 29. Sept. 23, RGZ. 107, 17* ff.

Mitglieder, davon zwei im Hauptamt, neben zwei vom Landtage gewählten Beisitzern ihr Amt mit voller richterlicher Unabhängigkeit. Annähernd durchgeführt ist das Ideal noch in Hessen, wo aber die nebenamtlichen Mitglieder zum Teil auch aus den Verwaltungsbeamten genommen werden können, in Braunschweig, wo neben drei Richtern zwei Verwaltungsbeamte als Beisitzer mitwirken, und in Mecklenburg-Schwerin, wo unter den beamteten Mitgliedern die richterlichen der Zahl nach tatsächlich überwiegen, allerdings nicht überwiegen müssen. Auch in Bremen ist es bloße, durch justizstaatliche Erinnerungen einigermaßen gewährleistete Tatsache und keine Notwendigkeit, daß von den drei beamteten Mitgliedern, neben denen es noch zwei gewählte gibt, der Vorsitzende und ein Beisitzer Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind; hauptamtliche Verwaltungsrichter gibt es in Bremen nicht. Dagegen genügen billigerweise zu stellenden Anforderungen nicht das anhaltische OVG., da Vorsitzender ein Staatsminister ist und bei der Beschlußfassung unter fünf Mitgliedern nur ein richterliches Mitglied teilzunehmen braucht, ferner nicht das lippische OVG., das bei Anwesenheit von drei Mitgliedern, darunter eines einzigen richterlichen, beschlußfähig ist, auch nicht das mecklenburg-strelitzsche Landesverwaltungsgericht, das unter Umständen ausschließlich mit Beamten der aktiven Verwaltung besetzt sein kann, endlich nicht das Verwaltungsgericht in Lübeck, das z. Zt. neben zwei „bürgerlichen" Mitgliedern (Laien) einen Senator zum Vorsitzenden, einen Regierungsrat zum einen Beisitzer und nur einen Richter zum andern Beisitzer hat.

Vollwertige drei Rechtszüge, wie die ordentliche Gerichtsbarkeit sie im Landgericht, Oberlandesgericht und Reichsgericht aufweist, gibt es demnach in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Zeit überhaupt nicht, vollwertige zwei Rechtszüge nur in Hamburg, vollwertige oberste oder einzige Verwaltungsgerichte nur in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Thüringen, Hamburg, Oldenburg — die Vollwertigkeit immer nur verstanden als Ideal des richterlichen Rechtsschutzes.

Im Reiche gibt es eine allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Zeit nicht. Vorläufig sind einzelne Zuständigkeiten des künftigen, in den Artikeln 31, 166 RV. vorgesehenen Reichsverwaltungsgerichts dem Reichsgericht übertragen worden, so durch § $9^{IV}$ des Republikschutzgesetzes vom 25. März 1930. Vor einigen Jahren war sogar geplant, das Reichsverwaltungsgericht in der Weise mit dem Reichsgericht zu verschmelzen, daß neben die Zivilsenate und die Strafsenate besondere Verwaltungssenate treten sollten, doch ist nach dem letzten Entwurf eines Gesetzes über das Reichsverwaltungsgericht, der Regierungsvorlage an den Reichsrat vom 26. August 1930, die Verbindung des RVG. mit dem preußischen OVG. wahrscheinlicher. Von Sonderverwaltungsgerichten des Reiches sind besonders hervorzuheben das Reichsversicherungsamt als das höchste Verwaltungsgericht für Streitigkeiten aus der sozialen Versicherung[1], das Reichsversorgungsgericht als der oberste Rechtszug für streitige Angelegenheiten der Militärversorgung, das Reichspatentamt als entscheidende Stelle in dem gegen erteilte Patente eingeleiteten Nichtigkeitsverfahren, das u. a. für Entschädigungsansprüche des einzelnen aus Anlaß des Friedensvertrages zuständige Reichswirtschaftsgericht mit dem ihm angegliederten, über die Nichtigkeit von Kartellverträgen und -beschlüssen entscheidenden Kartellgericht[2], das für Ersatz- und Übernahmeansprüche der Fürsorgeverbände untereinander im letzten Rechtszuge anzurufende Bundesamt für das Heimatwesen, vor allem noch der Reichsfinanzhof in München, der als Rechtsbeschwerdeinstanz über die streitige Pflicht zur Entrichtung von Reichssteuern entscheidet. Der Reichsfinanzhof ist in seiner Zusammensetzung ein voll-

[1] Vgl. aus neuerer Zeit L. RICHTER Die Versicherungsbehörden als Verwaltungsbehörden und als Verwaltungsgerichte, FischersZ. 59 (1926) S. 316ff.

[2] Hierzu HUBER Das Wesen des Kartellgerichts, KartRdsch. 28 (1930) S. 636ff.

wertiges Gericht. Nicht das gleiche läßt sich von den bei den Landesfinanzämtern gebildeten Finanzgerichten sagen, da in ihnen kein einziges richterliches Mitglied sitzt.

Mit der Eingliederung des Reichsverwaltungsgerichts in das Reichsgericht wäre der Typ des Rechtsstaates verlassen worden, der mit unter GNEISTs Einfluß in vielen Teilen Deutschlands verwirklicht wurde. Aber auch die beiden größeren Hansestädte wollen sich in das GNEISTsche Schema nicht einordnen lassen, vor allem Hamburg nicht. In Hamburg unterstehen die Verwaltungsgerichte der Senatskommission für die Justizverwaltung, in Bremen der Justizkommission des Senats. In Hamburg übt der Landgerichtspräsident die Dienstaufsicht über das VG., der Oberlandesgerichtspräsident die Dienstaufsicht über das OVG. aus. Von der engen Personalunion zwischen Gerichten und Verwaltungsgerichten war schon die Rede. In beiden Städten wurde die alteingebürgerte justizstaatliche Regelung, die den Weg bis zum Reichsgericht eröffnete, überhaupt nur verlassen, weil man glaubte, die Reichsverfassung schreibe die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte vor und begnüge sich nicht mit dem justizstaatlichen Schutze des Bürgers. Aber RV. Art. 107, wonach „im Reiche und in den Ländern... nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen“ müssen, hatte, wie aus der Entstehungsgeschichte klar hervorgeht[1], nicht den Zweck, den Ländern und dem Reiche selbst die GNEISTsche Spielart des Rechtsstaates aufzudrängen, sondern gibt sich auch mit der Einsetzung der ordentlichen Gerichte als Verwaltungsgerichte zufrieden. Dies müssen wir berücksichtigen, wenn wir nunmehr versuchen, die im Rechtsstaatsgedanken liegenden Ideale zusammenzufassen:

Rechtsstaat wäre nach allem Ausgeführten der Verfassungsstaat mit möglichst rechtssatzmäßiger und möglichst gebundener Verwaltung, in dem auf Grund möglichst genauer gesetzlicher Ermächtigung mittels förmlicher Verwaltungsakte verwaltet und der Rechtsschutz durch Gerichte ausgeübt wird, die als solche und deren Mitglieder persönlich von den verwaltenden Behörden unabhängig sind.

### IV. Ausblicke.

Unsere geschichtliche Betrachtung begann mit dem älteren Justizstaat und führte über den Polizeistaat zum heutigen Rechtsstaat. Das Reichskammergericht steht am Anfang der Entwickelung, das Reichsverwaltungsgericht wird den Ring schließen. Wird der Kreislauf weitergehen oder hat die Entwickelung einen Ruhepunkt erreicht?

Während des Krieges und in den ersten Jahren nach ihm ging eine mächtige polizeistaatliche Welle durch das Land. In zahlreichen Gesetzen und Verordnungen, die schwer in die Privatsphäre eingriffen, hieß es, die oder jene Verwaltungsbehörde entscheide auf Beschwerde; die Entscheidung sei endgültig. Namentlich auf dem Gebiete der Wohnungszwangswirtschaft war man bis vor kurzem auf den guten Willen und die Pflichttreue der Verwaltungsbehörden ohne gerichtlichen Schutz angewiesen[2]. Schon hörte man Stimmen, die Tage des Rechtsstaates seien gezählt, er habe sich als eine liberale Einrichtung überlebt und müsse einer erneuten Stärkung der Staatsgewalt Platz machen. Auch das Beispiel Rußlands, das nach Überwindung des zaristischen Polizeistaats den noch rücksichtsloseren Polizeistaat der Sowjets brachte[3], und der Faschismus mußten zu denken geben.

[1] Vgl. W. JELLINEK Schutz des öffentlichen Rechts, VStaatsRL. 2 (1925) S. 12ff. Abw. ANSCHÜTZ insbes. bei NIPPERDEY I S. 133ff.

[2] Vgl. W. JELLINEK a. a. O. S. 54ff.

[3] Vgl. TIMASCHEW Grundzüge des sowjetrussischen Staatsrechts 1925 S. 143ff.; BUCHHOLZ Verwaltungsrechtsschutz in Sowjetrußland, Heidelb. Diss. 1931.

Trotz allem wird es in Deutschland beim Rechtsstaat bleiben. Ein Volk, das die Erzählung vom Michael Kohlhaas ersann, das die Rütliszene schuf, das die Antwort des Müllers von Sanssouci von Geschlecht zu Geschlecht überlieferte, das die richterliche Unabhängigkeit durch ein Martyrium erzwang, läßt sich sein Ideal weder durch ausländische Einflüsse noch durch vorübergehende Staatsnotwendigkeiten rauben. Auch haben Einsichtige längst erkannt, daß ein geordneter Rechtsschutz den Staatsgedanken und damit auch die Staatsgewalt kräftigt. Das Zeitalter des Rechtsstaates wird daher wohl für absehbare Zeit bestehen bleiben.

Der Rechtsstaat harrt sogar noch eines weiteren Ausbaues. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bedeutet ja nicht schon, daß wegen jeder Streitigkeit des öffentlichen Rechts die Anrufung der Gerichte freisteht. Eine fast schrankenlose Zuständigkeitsklausel dieser Art haben zur Zeit nur Hamburg und Bremen und, etwas abgeschwächt, Württemberg, Sachsen, Lübeck und Thüringen. In Bayern fehlt eine solche Generalklausel in der inneren Verwaltung ganz, in Preußen gilt sie nur auf dem Gebiete des Polizeirechts und der Gemeindeabgaben. Noch immer also ist nicht gesagt, daß der Bürger in seinem Kampfe gegen staatliche Übergriffe stets einen unparteiischen Richter findet. Die nächste Entwickelung wird also wohl dahin gehen, daß dem Bürger oder den Verbänden wegen jeder durch die Staatsgewalt zugefügten Rechtsverletzung der Weg zu einem unabhängigen Gerichte eröffnet wird. Die Frage: ordentliches Gericht oder Verwaltungsgericht? tritt demgegenüber in den Hintergrund. So ist die Amtshaftung nach RV. Art. 131 justizstaatlich geregelt und ersetzt als eine Generalklausel eigener Art in vielen Fällen den Mangel unmittelbaren gerichtlichen Rechtsschutzes. Ähnlich verhält es sich mit der Anrufung der ordentlichen Gerichte bei Enteignungen nach RV. Art. 153. Noch sind die Akten darüber, ob die ordentlichen Gerichte auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts minderwertigere Arbeit liefern als die Verwaltungsgerichte, nicht geschlossen. Die Ausbildung des Juristen im öffentlichen Recht ist heute bedeutend besser als vor sechzig Jahren, und die Verwaltungspraktiker, die man gern als die wahrhaft Sachverständigen den Justizjuristen gegenüberstellt, sind vielfach nur Spezialisten auf engem Gebiete. Man kann sich kaum einen größeren Unterschied denken als den zwischen Strafrecht und bürgerlichem Recht, und doch ist die Strafrechtspflege mit der Zivilrechtspflege vereinigt. Solange die Lehren des Verwaltungsrechts in der Entwickelung begriffen sind, ist daher die Betätigung der ordentlichen Gerichte in Fragen des öffentlichen Rechts neben den Verwaltungsgerichten nicht schlechthin zu verwerfen, die Mannigfaltigkeit der Rechtsprechung bringt Anregungen in Hülle und Fülle.

Einen weiteren Ausblick eröffnen die in der letzten Zeit unternommenen Kodifikationen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts. Das umfangreichste Gesetzeswerk dieser Art ist die Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911, die in 1805 Paragraphen das gesamte Recht der Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung abschließend regelt. Eine bedeutende Leistung war dann die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919, die mit dem Namen des früheren oldenburgischen Richters Enno Becker verbunden ist und die in 455 Paragraphen die allgemeinen Lehren des Reichssteuerrechts behandelt. Ein umfassendes Reichsgesetz über Beamtenrecht wird wohl nicht mehr lange auf sich warten lassen. Über solche Regelungen einzelner Gegenstände hinaus hat man es in Thüringen, umfassender noch als in Österreich[1] und der Tschecho-Slowakei[2],

[1] Vgl. namentlich das Allgemeine Verwaltungsverfahren-, das Verwaltungsstraf- und das Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 21. Juli 25. Dazu Koropatnicki Kommentar zum AllgVerwVerfGes. 1927; Mannlicher-Coreth Das Verwaltungsverfahren² 1927; Adamovich Österr. Verwaltungsverfahren 1926.

[2] VO. ü. d. Verwaltungsverfahren v. 13. Jan. 28, dazu Kommentar von Weyr 1930.

unternommen, die Verwaltungsorganisation, die Verwaltungsgerichtsbarkeit, das Recht der Polizeiverordnungen und -verfügungen, das Verwaltungsverfahren und das Recht der Verwaltungsakte in einem einheitlichen Gesetze zu regeln. Die thüringische Landesverwaltungsordnung vom 10. Juni 1926, ein Werk des Oberregierungsrats KURT WAGNER aus Arnstadt, geht so über das preußische Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 hinaus und zeugt von den gesetzgeberischen Fähigkeiten des jungen Landes Thüringen[1].

Ob unsere Zeit den Beruf hat, das Verwaltungsrecht noch weiter zu kodifizieren, und ob es zu weiteren bedeutenden Kodifikationen kommen wird[2], läßt sich schwer sagen. Unbedingt wünschenswert wären sie nicht. Der ganze Reiz der Rechtsprechung unserer Verwaltungsgerichte besteht gerade darin, daß sie das Recht sozusagen aus dem Nichts gestaltet haben, daß sie ganz allgemein gehaltenen Vorschriften Sinn und Leben zu geben verstanden. Noch ist die Entwickelung der verwaltungsrechtlichen Lehren nicht abgeschlossen. Diese Erkenntnis sollte uns vor übereilten Kodifikationen bewahren.

## § 6. Die Verwaltungsrechtswissenschaft. — Schrifttum.

OTTO MAYER I S. 18ff.; FLEINER S. 42ff.; LOENING S. 21ff.; G. MEYER-DOCHOW S. 25ff.; E. KAUFMANN im WStVR. III S. 716ff.; MERKL S. 85ff. — MARCHET Studien über die Entwickelung der Verwaltungslehre in Deutschland von der zweiten Hälfte des 17. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts 1885; GARGAS Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht. Eine methodologische Untersuchung, ZStaatsW. 59 (1903) S. 426ff.; L. SPIEGEL Die Verwaltungsrechtswissenschaft 1909; STIER-SOMLO Die Zukunft der Verwaltungswissenschaft, VerwArch. 25 (1917) S. 89ff.; W. NORDEN Staats- und Verwaltungslehre als Grundwissenschaften der Staatsbürgerkunde 1919; CONRAD Psychologie und Besteuerung. Ein Beitrag zur Verwaltungspsychologie 1928. Die im Texte genannten Schriften über Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft. — LAYER und FLEINER Wie ist der akademische Unterricht im Verwaltungsrecht zweckmäßig zu gestalten? 32. DJT. 1 (1914) S. 3ff., 305ff.

### I. Gliederung der Verwaltungswissenschaft.

Bezeichnet man die alles umfassende Wissenschaft von der Verwaltung als Verwaltungswissenschaft, eine, wie die Wandlung des Wortes „Staatswissenschaft" beweist, keineswegs selbstverständliche Voraussetzung, so lassen sich deutlich drei Zweige erkennen, in die sie sich spaltet: die Verwaltungslehre, die Verwaltungspolitik und die Verwaltungsrechtswissenschaft. Denn entweder macht man die Tatsachen der Verwaltung, wie sie sind, wie sie waren und wie sie vermutlich sein werden, zum Gegenstande seiner Betrachtung. Man schildert die Verwaltung, wie man sie sieht, vergleicht sie mit dem staatlichen und gemeindlichen Leben des Auslands oder der Vergangenheit, geht den wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und seelischen Ursachen und Wirkungen der Einrichtungen nach und sucht aus der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen unter Zuhilfenahme der

[1] Über das erste Lebensjahr dieses Gesetzes H. LOENING in ThürRdsch. 5 (1927) S. 85ff. Das Gesetz ist durch VO. v. 5. Juni 1930 wesentlich geändert und unter dem 22. Juli 1930 neu verkündet worden. Würdigung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Reform von KÖTTGEN VerwArch. 36 (1931) S. 162ff.

[2] Über den Entwurf des neuen preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes DREWS, W. JELLINEK u. KERSTIENS RVerwBl. 52 (1931) S. 2ff., 121ff., 310ff., KERSTIENS VerwArch. 36 (1931) S. 206ff. — Während der Drucklegung erscheint mit einem Vorwort von HEGELMAIER die „Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg", Entwurf eines Gesetzes mit eingehender Begründung, herausgegeben von der württembergischen Kommission für die Landesordnung des Allgemeinen öffentlichen Rechts (Verlag W. Kohlhammer, 1931, 675 Seiten). Mitglieder der Kommission sind oder waren neben einigen hervorragenden Praktikern der aktiven Verwaltung die Professoren VON KÖHLER und SARTORIUS und die Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofs VON HALLER, GEIER und NEBINGER. Der Entwurf stellt in Verbindung mit dem Entwurf eines Verwaltungsverfahrengesetzes den bisher kühnsten Versuch einer Kodifikation der allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts dar.

Statistik allgemeinere soziologische Gesetze zu ermitteln, etwa über die Art der Auslese der Bürgermeister bei ihrer unmittelbaren Wahl durch die Bürgerschaft im Gegensatze zur Wahl durch die Stadtverordnetenversammlung. Die auf solche Ziele gerichtete Wissenschaft heißt Verwaltungslehre, allerdings in einem engeren Sinne, da sie in einem weiteren die Verwaltungspolitik mit umfaßt. Oder man legt an die Erscheinungen des Verwaltungslebens einen kritischen Maßstab an, bewertet sie nach bestimmten Idealen und fordert demgemäß Verbesserungen. Meist wird es der praktische Verwaltungsbeamte, die Regierung, die Volksvertretung sein, die diese Aufgabe übernehmen, aber auch die Wissenschaft kann sich ihrer bemächtigen und setzt so die wissenschaftliche Verwaltungspolitik neben die Verwaltungslehre. Oder man richtet sein Augenmerk auf die Frage, wie vom Standpunkte des Rechts aus verwaltet werden soll. Auch die rechtliche Betrachtung enthält also Bewertungen, aber keine, für die der Betrachtende, wie bei der Verwaltungspolitik, den Beurteilungsmaßstab selbst wählt, sondern solche, für die das geschichtlich gegebene Recht den Beurteilungsmaßstab liefert. Die Wissenschaft, die sich die Klärung des Inhalts, der Geltung und des Zusammenhangs dieser Sollenssätze zur Aufgabe macht, ist die Verwaltungsrechtswissenschaft. Sie läßt sich kennzeichnen durch das Wörtchen „soll", während es die Verwaltungslehre mit Ist-Sätzen zu tun hat und der Verwaltungspolitik die Wendung: „so sollte es sein" eigentümlich ist.

Als Zweige der gleichen Gesamtwissenschaft stehen Verwaltungslehre, Verwaltungspolitik und Verwaltungsrechtswissenschaft in engen Beziehungen zueinander. Die Verwaltungslehre wird des rein beschreibenden Tones bald müde werden und Wertungen einflechten, also in die Verwaltungspolitik hinüberspielen. Vor allem kommt sie aber ohne ein gewisses Mindestmaß von verwaltungsrechtlichen Erkenntnissen nicht aus. Nicht nur, daß die Verwaltungsgesetze als geschichtliches Recht in die Welt der Ist-Sätze hineinragen, sie sind auch ursächlich für das tatsächliche Geschehen in der Verwaltung und sind ihrerseits mittelbar Wirkungen der Zustände, die ihren Erlaß nötig machten. Auch Verwaltungspolitik kann nur treiben, wer die Zustände kennt, die er bessern will, und soviel vom Rechte versteht, daß er als Gesetzgeber seinen Gedanken die rechtlich angemessene Form geben kann. Endlich würde auch die Verwaltungsrechtswissenschaft ihr Gebiet allzu eng abstecken, wenn sie ihre Augen vor den Tatsachen des Verwaltungslebens verschlösse und die Wertfreiheit ihrer Betrachtungsweise so weit triebe, daß sie das Gefühl für den inneren Wert ihrer Entscheidungen verlöre. Denn wie bei der Lehre von der Rechtsanwendung (§ 7 VII) noch zu erörtern sein wird, steht jede von der Verwaltungsrechtswissenschaft zu findende Entscheidung unter der Idee, daß die Entscheidung richtig ist, die die größte Wahrscheinlichkeit für sich hat, daß „man" sich auf sie einigt. Die Findung einer solchen Entscheidung ist aber nur möglich, wenn die Wissenschaft das Leben kennt und eine feine Witterung dafür hat, was ihm zuträglich ist.

## II. Verwaltungslehre und Verwaltungspolitik.

Die älteren Darstellungen des Verwaltungsrechts oder, wie man es früher nannte, Polizeirechts waren eng verbunden mit Verwaltungslehre und Verwaltungspolitik. Sie gehören zum großen Teile der Geschichte an, namentlich besteht kein Zusammenhang mehr zwischen der heutigen Verwaltungsrechtswissenschaft und den über hundert Jahre zurückliegenden Werken von v. Seckendorff, v. Justi, Sonnenfels[1], v. Berg[2]. Auch die „Polizeiwissenschaft" R. v. Mohls

[1] Über sie Marchet Studien über die Entwickelung der Verwaltungslehre 1885 S. 1ff., 271ff., 329ff.

[2] Günther Heinrich v. Berg Handbuch des teutschen Polizeyrechts 1.—6. Teil 1799 bis 1806.

(3. Aufl. 1866) wurde bald durch ein bis heute einzigartiges Werk des Schleswig-Holsteiners LORENZ VON STEIN in den Schatten gestellt, der, ursprünglich Jurist, dann Professor der Staatswissenschaften, zuletzt in Wien, in den Jahren 1866—1884 sein Hauptwerk „Die Verwaltungslehre" schrieb, dem er ein kleineres „Handbuch der Verwaltungslehre" und einen Artikel über Verwaltungslehre im Wörterbuch des Verwaltungsrechts folgen ließ.

L. v. STEIN Die Verwaltungslehre 1.—8. Teil 1866—1884; 1. Teil² 1869, 3. Teil² 1882, 6. Teil² 1883;
DERSELBE Handbuch der Verwaltungslehre 3. Aufl. 1.—3. Teil 1887/88;
DERSELBE „Verwaltung, Verwaltungslehre, Polizei, Verwaltungsrecht" in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts II 1890 S. 706ff.

Über die Entwickelung der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts seit dem Tode LORENZ VON STEINS (1890) berichtet K. TH. V. INAMA-STERNEGG in einem 1902 gehaltenen Vortrage.

K. TH. v. INAMA-STERNEGG Staatswissenschaftliche Abhandlungen 1903 S. 57ff.; dort, S. 41ff., auch ein Nachruf auf v. STEIN.

Außer ihm haben sich noch JASTROW und FERDINAND SCHMID für die Verwaltungslehre als ein besonderes Wissenschaftsgebiet eingesetzt.

K. TH. v. INAMA-STERNEGG Verwaltungslehre in Umrissen 1870;
JASTROW Sozialpolitik und Verwaltungswissenschaft 1 (1902) S. 28ff.;
DERSELBE Art. „Verwaltungswissenschaft" im HWBKommunalW. IV;
FERDINAND SCHMID Über die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbständiger Wissenschaft, ZStaatsW. 65 (1909) S. 193ff.;
DERSELBE Eine deutsche Zentralstelle zur Pflege der Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis 1916;
DERSELBE Zur Förderung der Verwaltungswissenschaft, VerwArch. 26 (1918) S. 288ff.;
DERSELBE Warum sollen unsere Juristen Verwaltungsgeschichte studieren? FischersZ. 47 (1918) S. 177ff.

Nach dem Sprachgebrauch der beiden letztgenannten Schriftsteller ist „Verwaltungswissenschaft" etwa dasselbe wie „Verwaltungslehre". Auch der Italiener PRESUTTI gebraucht das Wort in diesem Sinne.

ERRICO PRESUTTI Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione² 1910.

Die Verwaltungslehre ist trotz des verheißungsvollen Ausgangspunkts heute nahezu auf das tote Geleis geraten. Sie wird, sicher unverdientermaßen, weder im Lehrbetrieb der Universitäten noch im Schrifttum als besonderes Wissensgebiet gebührend gepflegt. Erst das von GIESE herausgegebene Lehr- und Handbuch „Die Beamten-Hochschule" scheint eine Auferstehung dieses Wissenszweiges vorzubereiten.

E. FRHR. v. SCHEURL Staatsverwaltungslehre (Beamten-Hochschule II 4 B IV) 1930;
DERSELBE Einführung in das verwaltungsrechtliche Denken 1927;
E. WALZ Kommunalverwaltungslehre (Beamten-Hochschule II 4 B II) 1930.

Einen gewissen Ersatz bieten im übrigen die Verwaltungsberichte einzelner Verwaltungen oder Gruppen von Verwaltungen, die dem Leser ein anschauliches Bild von den Wirklichkeiten der öffentlichen Verwaltung vermitteln. Aus der neuesten Zeit seien hieraus und aus ähnlichen Veröffentlichungen hervorgehoben:

Geschäftsbericht des badischen Ministeriums des Innern für die Jahre 1913—1924, 2 Bände 1926;
H. SCHUBERT Die preußische Regierung in Koblenz, ihre Entwicklung und ihr Wirken 1816 bis 1918 (1926);
BÜHLER und KERSTIENS Die Behördenorganisationen des Ruhrgebiets und die Verwaltungsreform 1926;
Fünfzig Jahre Provinzialverband von Pommern. Herausgegeben vom Landeshauptmann der Provinz Pommern 1926;
CONSTANTIN und STEIN Die deutschen Landkreise, 2 Bände 1926;
Verwaltungsberichte der Stadt Berlin für 1920—1924, 1924—1927, herausgegeben vom Statistischen Amt der Stadt Berlin.

Die Verwaltungslehre zeigte von jeher das Bestreben, in die Verwaltungspolitik überzugreifen. Daneben gibt es nur vereinzelte Sonderwerke über Verwaltungspolitik, am ehesten noch für den Bereich der Kommunalverwaltung.

LUTHER-MITZLAFF-E. STEIN Die Zukunftsaufgaben der deutschen Städte 1922;
MASS Kommunalpolitik (in GIESE Die Beamten-Hochschule II 4 B III) 1930.

Verhältnismäßig zahlreich sind dagegen die Schriften, die die bestehenden Einrichtungen eines bestimmten Staates einer Kritik unterziehen und Verwaltungspolitik unter dem Gesichtspunkte der Verwaltungsreform treiben. Dabei handelt es sich meist um organisatorische Fragen.

STIER-SOMLO Zur Reform der preußischen Staatsverwaltung 1909;
PREUSS Die Lehre Gierkes und das Problem der preußischen Verwaltungsreform, Berliner Festgabe für Gierke 1 (1910) S. 245ff.;
ANSCHÜTZ Richtlinien preußischer Verwaltungsreform, Festschrift für v. Martitz 1911 S. 469ff.;
Drews Grundzüge einer Verwaltungsreform 1919, desgl. in: HARMS Recht und Staat II 1929 S. 19ff.;
HOFACKER Die Neugestaltung der öffentlichen Verwaltung 1926;
W. ABEGG Die preußische Verwaltung und ihre Reform, Länder und Reich 1928;
J. v. ELBE Die Entwicklungslinien der preußischen Verwaltungsreform, VerwArch. 33 (1928) S. 197ff.;
FLAD Betrachtungen zur Selbstverwaltungsreform in Baden, BadVerwZ. 60 (1928) S. 81ff., 98ff.;
LOHMEYER Zentralismus und Selbstverwaltung. Ein Beitrag zur Verfassungs- und Verwaltungsreform 1928;
v. LEYDEN Preußische Verwaltungsreform 1929;
BÜHLER Der heutige Stand der Verwaltungs- und Verfassungsreform[2] 1931;
KLEINDINST Verwaltungspolitik und Verwaltungsreform im Reich und in den Ländern 1929;
LOESER-COUVÉ Reformen in den städtischen Verwaltungen (1930);
POPITZ Der Finanzausgleich und seine Bedeutung für die Finanzlage des Reichs, der Länder und Gemeinden 1930;
Gutachten des Reichssparkommissars über die Landesverwaltung Hessens 1929, Mecklenburg-Schwerins 1930, Württembergs, 2 Bände mit Anlagen 1930 (hierzu FRANZ KAUFMANN im RVerwBl. 51, 1930, S. 477ff.), Lippes 1930.
Außerdem viele Aufsätze im PrVerwBl., RVerwBl. und anderen Zeitschriften, sowie in den von W. PIETSCH herausgegebenen „Verwaltungsproblemen der Gegenwart" 1929.

In diesem Zusammenhange seien die auch heute noch lesenswerten Schriften zur Disziplinarsache des Bürgermeisters LOTHAR SCHÜCKING erwähnt.

X. Y. (Lothar Schücking) Die Reaktion in der inneren Verwaltung Preußens 1908;
NUSCHKE Bürgermeister Schückings Verteidigung und die Anschuldigungsschrift der preußischen Regierung 1908.

## III. Verwaltungsrechtswissenschaft.

Sinnbild für die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft ist der Name des großen Juristen OTTO MAYER geworden. Aber ehe sein Wirken begann und sich durchsetzte, schlug die Wissenschaft Wege ein, die von den seinigen abweichen und die sie auch heute noch nicht völlig verlassen hat. Wenn man von einigen Vorläufern OTTO MAYERS zunächst absieht, kann man die Werke vor OTTO MAYER als solche zur Vermittlung von Gesetzeskunde bezeichnen.

**1. Werke zur Vermittlung von Gesetzeskunde.** a) Lehrbücher. Während LORENZ VON STEIN mit seinem eigentlichsten Werke, der Verwaltungslehre, nur wenige Nachfolger gefunden hat, erwies sich das von ihm nach natürlichen Stoffgebieten entworfene System der Verwaltung oder, wie man es genannt hat, das staatswissenschaftliche System fruchtbar auch für die juristischen Bearbeitungen des Verwaltungsrechts. Betrachtet man die beiden bedeutendsten Werke vor OTTO MAYER, die Lehrbücher von GEORG MEYER und EDGAR LOENING

G. MEYER Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2 Teile 1883/85, 3. Aufl. von DOCHOW 1910, 4. Aufl. von DOCHOW, 1. u. 2. Teil 1913 u. 1915, in wertvollster Weise ergänzt durch G. MEYERS Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. von ANSCHÜTZ 1919,
E. LOENING Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1884,

daraufhin, so fällt die Kürze des allgemeinen Teils und die verhältnismäßige Breite des besonderen auf. Der besondere Teil aber lehnt sich an die einzelnen Verwaltungszweige mit ihren Unterverästelungen an, als da sind Verkehr mit Wegewesen, Wasser, Wasserstraßen, Schiffahrt, Eisenbahn, Post, Telegraphie, Maß, Gewicht, Zeit, Geld, Kredit, Privatversicherung, dann Handel, Industrie, Gewerbe und Urproduktion mit Forstwirtschaft, Jagd, Fischerei, Bergbau. Die Zusammenfassung des rechtlich Gemeinsamen ist offenbar vernachlässigt. Es sind, wie sich LABAND einmal ausgedrückt hat[1], „Konglomerate" von allerhand Verschiedenartigem. Die Stoffordnung erinnert an jene volkstümlich geschriebenen rechtsbelehrenden Bücher, die unter dem Titel: „Was muß der Kraftfahrer, der Kutscher, der Gastwirt vom BGB. wissen?" zusammentragen, was für die einzelnen Berufe zu wissen nützlich ist, ohne zu versuchen, das Gebotene juristisch zu durchdringen, und daher beim Auftauchen der ersten Schwierigkeit versagen müssen. Trotzdem wäre es verfehlt, über Bücher dieser Art hochmütig den Stab zu brechen. Als Nachschlagewerke können sie gute Dienste leisten, vorausgesetzt, daß sie kurz hintereinander neue Auflagen erleben. Denn überwiegend zur Vermittlung von Gesetzeskunde verfaßt, befinden sie sich in starker Abhängigkeit vom Wechsel der Gesetze. In ihren allgemeinen, namentlich ihren geschichtlichen Teilen allerdings können sie noch nach vielen Jahren wertvoll sein.

Während die soeben genannten Bücher nicht auf die Schilderung des Rechts eines bestimmten Staates beschränkt sind, gibt es eine größere Anzahl von Werken, die das Recht eines einzelnen deutschen Landes und daneben höchstens noch das des Deutschen Reiches darstellen. Sammlungen, die diesem Zwecke, allerdings in erster Linie für das Staatsrecht, dienen, die aber doch auch manch wichtiges Stück des Verwaltungsrechts bringen, sind das Öffentliche Recht der Gegenwart und die Bibliothek des öffentlichen Rechts; beide Sammlungen, mit Ausnahme des im Erscheinen begriffenen „Handbuchs des Deutschen Staatsrechts", enthalten zwar nur das Recht der Vorkriegszeit, doch wird die erste durch das Jahrbuch des öffentlichen Rechts, so gut es geht, auf dem laufenden gehalten. Zu den Verfassern der ersten zählen zum Teil berühmte Namen.

Öffentliches Recht der Gegenwart, herausgegeben von GEORG JELLINEK (dann MAX HUBER), PAUL LABAND, ROBERT PILOTY. In der Sammlung sind erschienen:
- M. v. SEYDEL - v. GRASSMANN Bayerisches Staatsrecht, 2. Bd.: Die Staatsverwaltung 1913;
- OTTO MAYER Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen 1909;
- K. GÖZ Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg 1908;
- E. WALZ Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden 1909;
- W. VAN CALKER Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen 1913;
- W. SCHÜCKING Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg 1911;
- A. RHAMM Das Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig 1908;
- J. BOLLMANN Das Staatsrecht der Freien Hansestädte Bremen und Lübeck 1914.

Vom Jahrbuch des öffentlichen Rechts, begründet von G. JELLINEK, LABAND und PILOTY, nach dem Kriege von PILOTY und KOELLREUTTER, jetzt vom letzten allein in Verbindung mit BRUHNS und TRIEPEL herausgegeben, sind seit dem Kriege Band 9—18, 1920 bis 1930, erschienen. — Länderberichte bringt seit 1927 auch die Zeitschrift „Reich und Länder", jetzt herausgegeben von RAAB, ADAMETZ und SPIELHAGEN.

Von der Bibliothek des öffentlichen Rechts, herausgegeben von SCHOLZ und STORCK, haben neben dem Öffentlichen Recht der Gegenwart nach dem Verschwinden der thüringischen Zwergstaaten noch Bedeutung:
- SANFTENBERG-KNORR Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtums Anhalt 1909;
- BESELER Staats- und Verwaltungsrecht des Fürstentums Schaumburg-Lippe 1910.

Im übrigen gibt es nur Lehr- und Handbücher zum preußischen, bayerischen, sächsischen, württembergischen, badischen und mecklenburg-schwerinschen Verwaltungsrecht, vielfach unter Einbeziehung des Reichsrechts, nämlich für Preußen:

[1] ArchÖffR. 2 (1887) S. 156.

v. RÖNNE-ZORN Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie[5] 1. Bd. 1899, 2. Bd. 1906, 3. Bd., mitbearbeitet von GIESE, 1. Abt. 1915, 2. Abt. 1916, Ergänzungsband „Das Recht der Kommunalverbände" von SCHOEN 1897 (das Werk ist auch heute noch unentbehrlich);
GRAF HUE DE GRAIS, H. PETERS, W. HOCHE Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche[25] 1930;
E. v. LYMPIUS Die Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Deutschen Reich[2] 1928;
DIECKMANN Verwaltungsrecht. Ein Hand- und Lehrbuch zur Einführung in die Verfassung und innere Verwaltung des Deutschen Reichs und Preußens[4] 1926;
K. MASS Das Verwaltungsrecht[3] 1927;

für Bayern:

NAWIASKY Bayerisches Verfassungsrecht 1923 (behandelt auch Grundfragen des Verwaltungsrechts);
PILOTY-SCHNEIDER Grundriß des Verwaltungsrechtes in Bayern und dem Deutschen Reiche[4 u. 5] 1930 (mit starker Betonung des allgemeinen Teils);
FRITZ VAN CALKER Grundzüge des Deutschen Verwaltungsrechts, Vorlesungs-Grundriß[2], 1929 (ebenfalls mit starker Betonung der allgemeinen Lehren; außer dem Reichsrecht und dem bayerischen Recht ist auch das preußische Recht berücksichtigt);
HENLE Handbuch der inneren Verwaltung für Bayern rechts des Rheins 1912—25;
HELMREICH Grundriß des bayerischen Verwaltungsrechts 1928;
KNEUER Kurzes Handbuch des bayerischen Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil 1928, Gemeinde- und Stiftungsrecht 1930;

für Sachsen:

C. E. LEUTHOLD Das Königlich Sächsische Verwaltungsrecht 1878;
CLAUSS Grundzüge des sächsischen Verwaltungsrechts 1930;
O. v. GEHE, B. u. W. GERTH u. BR. STEMPEL Handbuch für die sächsischen Bürgermeister, 4. Aufl. von E. NAUNDORFFs Handbuch für die Gemeindevorstände, I 1928, II 1929;
E. MERKEL-M. BÖHME Der Gemeindebeamte[9] 1929 (für mittlere Beamte bestimmt);

für Württemberg:

v. PISTORIUS Staats- und Verwaltungskunde[2] 1928;
KOLLMANN Die Württembergische Verwaltung, BayVerwBl. 75 (1927) S. 330ff., mit zahlreichen Fortsetzungen bis 76 (1928) S. 171ff.;

für Baden:

A. JUNG Der badische Bürgermeister, 7. Aufl. des früher von RETTIG und KOPP bearbeiteten Handbuches 1928;

für Mecklenburg-Schwerin:

E. SCHLESINGER Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Mecklenburg-Schwerin 1909.

Das „Thüringische Verwaltungsrecht" von Reuß

REUSS Thüringisches Verwaltungsrecht 1927

enthält nur Gesetzestexte.

b) Wörterbücher. Werke zur Vermittelung von Gesetzeskunde können diesen Zweck auch in der Weise erreichen, daß sie alphabetisch nach Stichworten geordnete Ausführungen bringen. So entsteht das Wörterbuch der Verwaltungspraxis

GÄRTNER, LÖSER und SCHNEIDER Handwörterbuch der Verwaltungspraxis 1930

oder des Verwaltungsrechts. Werke letzter Art gibt es für Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden.

v. BITTER Handwörterbuch der preußischen Verwaltung[3], her. von DREWS u. FR. HOFFMANN, 2 Bände 1928;
K. H. FISCHER Lexikon des in Bayern geltenden Verwaltungs-, Staats-, Polizei- und Polizeistrafrechts, 1. Bd. 1910;
VON DER MOSEL Handwörterbuch des sächsischen Verwaltungsrechts[13], 2 Bände 1926, Deckblätter und Berichtigungen 1928;
FR. HALLER Handwörterbuch der württemb. Verwaltung 1915;
H. JUNG Handbuch für die Gendarmerie und Polizei Badens 1928.

Eine gewisse Ergänzung hierzu bilden

SCHLEGELBERGER-HOCHE Das Recht der Neuzeit. Ein Führer durch das geltende Recht des Reichs und Preußens seit 1914[6] 1930;

EBNER Wegweiser durch die deutsche Reichsgesetzgebung[5] 1931; dasselbe für die preußische Gesetzgebung[5] 1931;

Gesetzgebungs-Archiv, Nachweiser der noch geltenden Gesetze, Verordnungen, Ministerialerlasse usw. 1794 bis Juni 1930 für Reich und Preußen[7], 2 Bände 1930 (Verlag A. Sudau G. m. b. H.);

DEHLINGER Systematische Übersicht über das Reichsgesetzblatt 1867—1930, 8. Aufl. 1931;

KOLLMANN Vorschriftensammlung. Übersichtliche Zusammenstellung der in Bayern geltenden Vorschriften[4] 1927, zehn Nachträge 1927—30;

MATTHECK Nachschlagewerk für das Reichs- und Landesrecht. Gesetze, Verordnungen, Ministerialverfügungen usw. für Reich und Sachsen 1930;

BOORBERG Wegweiser durch die württembergische Gesetzgebung 1927;

KOLLMANN-FUCHS Vorschriftensammlung. Übersichtliche Zusammenstellung der in Württemberg geltenden Vorschriften (1929);

NITZSCHE-SCHMIDT Wegweiser durch die Gesetzsammlung für Thüringen 1920—1927 (1927), mit Nachträgen bis Ende 1928 (1929);

RUDOLPH Das Recht des Landes Thüringen. Ein alphabetischer Führer 1930.

Vgl. auch die unten S. 138 ff. aufgeführten Gesetzsammlungen.

Mit diesen Nachschlagebüchern dürfen nicht verwechselt werden die unter Mitwirkung bedeutender Gelehrter und Praktiker entstandenen, sich vielfach auf erheblicher wissenschaftlicher Höhe bewegenden Wörterbücher, unter denen für das Verwaltungsrecht vor allem in Betracht kommen:

v. STENGEL-FLEISCHMANN Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts[2], 3 Bände 1911—1914;

BRIX, LINDEMANN, MOST, PREUSS, SÜDEKUM Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, 4 Bände 1918—1924, 2 Ergänzungsbände 1927;

STIER-SOMLO und A. ELSTER Handwörterbuch der Rechtswissenschaft I 1926, II 1927, III 1928, IV 1927, V 1928, VI 1929, ErgBd. (seit 1930, im Erscheinen).

Vom Wörterbuch ist nur ein Schritt zur Kartei mit laufend erscheinenden, auswechselbaren Karten. Auch eine solche gibt es seit einigen Jahren:

GIESE, HOCHE, KAISENBERG Die deutsche Verwaltungs-Kartothek (seit 1926).

**2. Werke zur juristischen Durchdringung des Verwaltungsrechts.** a) OTTO MAYER. Die gesetzeskundlichen Bücher befriedigen auch den Praktiker nicht. Auf Zweifelsfragen geben sie ihm weder eine Antwort, noch weisen sie den Weg zu einer Lösung. Auch für den Unterricht taugt das sog. staatswissenschaftliche System nicht viel. Daß vor Jahrzehnten die Verwaltungsrechtsvorlesung zu den von den Studenten am wenigsten geschätzten Vorlesungen gehörte, hing u. a. mit der Stoffeinteilung und dem Mangel einer juristischen Durchdringung des Stoffes zusammen. Das Bedürfnis nach einer grundlegenden Umstellung der Wissenschaft lag also in den Dingen selbst begründet. Hinzu kam die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit seit den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts, die das Interesse am Verwaltungsrecht hob und eine stärkere Betonung des Juristischen in der Verwaltung nahelegte, die Berührung mit dem älteren und feiner ausgebildeten französischen Verwaltungsrecht, die der Anfall Elsaß-Lothringens an Deutschland mit sich brachte, endlich die Einführung der juristischen Methode im Staatsrecht, die vor allem an den Namen LABAND geknüpft bleiben wird. Die Lampe harrte also, um mit dem Dichter zu sprechen, der Flamme, die entzündet.

Die blieb nicht aus! Als LABAND im zweiten Bande des Archivs für öffentliches Recht, 1887, S. 150f., 162ff., in zwei berühmten Besprechungen die bisher üblich gewesene Darstellungsart verwaltungsrechtlicher Lehrbücher geißelte, verkündete er zugleich der wissenschaftlichen Welt, daß ein ganz anders geartetes, den juristischen Gehalt des Verwaltungsrechts ausschöpfendes Buch erschienen sei: die „Theorie des französischen Verwaltungsrechts", 1886, von OTTO MAYER. Der Verfasser stammte aus Fürth bei Nürnberg, war nach dem Kriege ins Elsaß gekommen, übte dort längere Zeit die Anwaltspraxis aus und habilitierte sich 1881 in Straßburg, wo er 1882 Professor wurde und bis 1903 neben LABAND wirkte. Von 1903 bis 1918 lehrte er in Leipzig. Die Daten sind nicht unwichtig; sie erklären OTTO

MAYERS Vertrautheit mit dem französischen Rechte, seine Verwandtschaft mit der Schule LABANDS und seinen späteren besonders starken Einfluß auf die Rechtsprechung des sächsischen OVG. Die „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ war aber nur der Auftakt zu seinem berühmtesten Werke, dem in BINDINGS Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft erstmals 1895/96, später in zwei weiteren Auflagen erschienenen „Deutschen Verwaltungsrecht“.

OTTO MAYER Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände 1895/96; 2. Aufl. 1914/17; 3. (kurz vor dem Tode abgeschlossene) Aufl. 1924.

Jede von diesen drei Auflagen hat ihren eigenen Wert. Die erste Auflage, aus der Blütezeit des Schaffens stammend, war das epochemachende Werk. In der zweiten Auflage zeichnet sich der zweite Band durch eine eindringlichere Darstellung des öffentlichen Sachenrechts aus. In der dritten Auflage, die sich in der äußeren Gestalt wieder der ersten nähert, berücksichtigt OTTO MAYER noch, allerdings nur mit ganz knappen Hinweisen, die durch 1918 eingetretenen Veränderungen. Auch die französische, von ihm selbst übersetzte Ausgabe

OTTO MAYER Le droit administratif allemand I-IV 1903-06

ist ein Werk für sich und beweist durch die Neuartigkeit des Systems und der Fachausdrücke, wie unrichtig die Behauptung ist, OTTO MAYER habe dem deutschen Recht französische Gedanken aufpfropfen wollen. Mehr als Anregungen hat OTTO MAYER von Frankreich nicht empfangen.

Worin liegt das Bewunderungswürdige in OTTO MAYERS Werke? Vor allem darin, daß er sich nicht vom Gegenstande seiner Darstellung niederdrücken läßt, sondern mit unvergleichlicher Kunst den widerspenstigen Stoff gestaltend meistert. Seine Eigenart beruht nach dem Bekenntnis im Vorwort zur zweiten Auflage „auf dem Glauben an die Macht allgemeinerer Rechtsideen, die in den Mannigfaltigkeiten des wirklichen Rechts zur Erscheinung und Entfaltung kommen, zugleich aber auch ihrerseits in der Geschichte sich wandeln und fortschreiten“. Es hänge wohl mit Hegelischer Rechtsphilosophie zusammen, vielleicht auch noch mit ganz Unjuristischem, müsse aber schon recht stark sein, daß er es habe wagen können, solchen Ideen auch in dem zerfahrenen und unfertigen deutschen Verwaltungsrecht nachzugehen, um sie herauszuheben und aufzuweisen.

Das Neue des OTTO MAYERschen Werkes zeigt sich schon in den Hauptüberschriften des Inhaltsverzeichnisses. Eine Einleitung, dann ein Allgemeiner Teil mit drei Abschnitten über die geschichtlichen Entwicklungsstufen des deutschen Verwaltungsrechts, die Grundzüge der Verwaltungsrechtsordnung, den Rechtsschutz in Verwaltungssachen und ein Besonderer Teil mit sechs Abschnitten über die Polizeigewalt, die Finanzgewalt, das öffentliche Sachenrecht, besondere Leistungspflichten, besondere Empfänge und die rechtsfähigen Verwaltungen. Die erste, übrigens anders gegliederte Auflage enthielt noch einen sehr lesenswerten Anhang über internationales und bundesstaatliches Verwaltungsrecht. Auch in den Unterabschnitten findet man die Überschriften der staatswissenschaftlich geschriebenen Bücher, wie Geld-, Bank-, Börsenwesen, Viehzucht und Viehseuchen, nicht mehr. Alles ist auf juristische Denkformen gebracht und durch ausgiebige Heranziehung der lebendigen Rechtsprechung veranschaulicht.

Vor allem war OTTO MAYER ein Künstler des Worts, der Darstellung, des Aufbaues. Seine Sprache ist ein ungewöhnlich wohllautendes Deutsch, Fremdwörter fehlen fast gänzlich. Wer feine Ohren hat, empfindet zudem in den Sätzen einen wohlabgewogenen Rhythmus, wie er nur wenigen Prosaschriftstellern eigen ist. OTTO MAYER erzählte einmal im engsten Kreise, er horche hin, ehe er einen Satz niederschreibe, wie er wohl gesprochen klinge. Nimmt man hinzu, daß die geistsprühende Art des Mannes sich auf die ganze Darstellung überträgt und ihr dauernd etwas Prickelndes gibt, so versteht man den hohen Genuß, den das Lesen OTTO

MAYERscher Schriften bereitet. Aber ebenso reizbar wie gegen Unschönheiten der Darstellung war er gegen Unebenheiten im System seiner Wissenschaft. Er ruhte und rastete nicht eher, als bis sich auch der letzte Stein des gewaltigen von ihm errichteten Gebäudes harmonisch in das Ganze einfügte. So nur läßt sich die Hartnäckigkeit erklären, mit der er sich z. B. für die Möglichkeit eines öffentlichen Eigentums einsetzte. Aber auch der beißende Spott, mit dem er vielfach in Anmerkungen und Besprechungen fremde Ansichten bekämpfte, war nur der Ausdruck seiner überaus starken Reizbarkeit gegen alles, was die Harmonie seiner Gedanken störte.

Wer OTTO MAYER persönlich kannte, dem wird die Erinnerung an den immer gutgelaunten, witzigen, sprühenden, dabei innerlich wahrhaft frommen Mann unvergeßlich sein. Wenn das Leipziger Dozentenzimmer von fröhlichem Lachen widerhallte, konnte man sicher sein, daß OTTO MAYER gerade eine seiner Schnurren zum besten gegeben hatte. Als Lehrer stellte er hohe Anforderungen an das Auffassungsvermögen, war aber bei den klügeren Studenten sehr beliebt.

Alles Neue braucht Zeit, um sich auszuwirken. Auch OTTO MAYER hat sich Wissenschaft und Praxis nicht mit einem Schlage erobert. Nur in den Entscheidungen des sächsischen OVG. findet man frühzeitig, mit oder ohne Anführung OTTO MAYERS, Wendungen, die an sein Werk anklingen. Aber der Einfluß steigt, sei es mittelbar durch die von ihm beeinflußten Schriften, z. B. FLEINERS und KORMANNS, sei es unmittelbar. So findet man in der großen Kodifikation des thüringischen Verwaltungsrechts, der Landesverwaltungsordnung vom 10. Juni 1926, deutliche Spuren OTTO MAYERscher Gedankenarbeit. Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß alles von OTTO MAYER Geschriebene der Kritik standhält. Aber keine seiner wissenschaftlichen Äußerungen ist so unwichtig, daß man sich nicht eingehend mit ihr beschäftigen müßte, ehe man sie ablehnt.

Eine Lebensbeschreibung OTTO MAYERS fehlt noch, doch hat er seinem künftigen Biographen die Arbeit leicht gemacht. Wir besitzen von ihm ein meisterhaftes kleines curriculum vitae aus dem Jahre 1909, das besser als fremde Worte den Mann vor Augen führt, und eine größere Selbstdarstellung aus dem Todesjahr 1924.

OTTO MAYER Ein Stück curriculum vitae, DJZ. 1909 Sp. 1041ff.;
PLANITZ Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen I 1924 S. 153ff.

Von Besprechungen und kritischen Schriften über OTTO MAYER seien hervorgehoben:

LABAND Besprechung der „Theorie des französischen Verwaltungsrechts", ArchÖffR. 2 (1887) S. 149ff.;
G. JELLINEK Besprechung des „Deutschen Verwaltungsrechts", VerwArch. 5 (1897) S. 304ff.;
L. SPIEGEL Die Verwaltungsrechtswissenschaft 1909;
WITTMAYER, OTTO MAYERS Lebenswerk. Zum 70. Geburtstage. GrünhutsZ. 42 (1916) S. 517ff.;
BÜHLER, OTTO MAYERS Deutsches Verwaltungsrecht (Zweite Auflage). Seine Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform. VerwArch. 27 (1919) S. 283ff.

Eine geistvolle Würdigung des eben Verstorbenen hat uns ERICH KAUFMANN geschenkt.

ERICH KAUFMANN: OTTO MAYER, VerwArch. 30 (1925) S. 377ff.

b) OTTO MAYERS Vorgänger und die von ihm beeinflußten Lehrbücher. Zwei Württemberger hatten vor OTTO MAYER das Verwaltungsrecht unter Hervorhebung des Juristischen dargestellt.

F. F. MAYER Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und Rechtsverfahrens 1857;
DERSELBE Grundsätze des Verwaltungsrechts 1862;
v. SARWEY Allgemeines Verwaltungsrecht, Handbuch d. öff. Rechts, 1. Bd., Allg. Teil, 2. Halbbd., 1884.

Daß es gerade Württemberger waren, ist nicht verwunderlich, wenn man bedenkt, daß in Württemberg der „Geheime Rat" lange vor Einführung der neueren Verwaltungsgerichte in Verwaltungssachen Recht sprach[1].

---

[1] Vgl. BÜHLER Zuständigkeit der Zivilgerichte 1911 S. 28ff.

Nach dem Erscheinen des OTTO MAYERschen Werkes mußten anderthalb Jahrzehnte vergehen, ehe wieder ein von juristischem Geiste erfülltes Lehrbuch herauskam. Es waren dies die Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts von FRITZ FLEINER.

FRITZ FLEINER Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 1911; 2. Aufl. 1912; 3. Aufl. 1913; 8. (= 4. veränderte) Aufl. 1928. — Über FLEINER vgl. MEISEL, FRITZ FLEINER und die Verwaltungsrechtswissenschaft, Prager Jur. Ztschr. 7 (1927) Sp. 49ff.

FLEINERS Verdienst besteht vor allem darin, daß er durch die anmutige Einfachheit der Darstellung für die junge Verwaltungsrechtswissenschaft warb. Daß Verwaltungsrecht jetzt zu den beliebteren Lehrgegenständen gehört, ist zum nicht geringen Teile ihm zuzuschreiben. Außerdem hat er Gedanken des schweizerischen Rechts fruchtbar für das deutsche Verwaltungsrecht verwertet.

Nach FLEINERS Werk erschienen die Darstellungen von SCHOEN, HATSCHEK, HERRNRITT, MERKL und die gemeinsame von GIESE, NEUWIEM und CAHN.

PAUL SCHOEN Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation. KOHLERS Enzyklopädie der Rechtswissenschaft[7] 4. Bd. 1914 S. 193ff.;
JULIUS HATSCHEK Institutionen (später Lehrbuch) des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 1919; 2. Aufl. 1922; 3. u. 4. Aufl. 1924; 5. u. 6. Aufl., her. v. KURTZIG, 1927;
R. H. HERRNRITT Grundlehren des Verwaltungsrechts 1921;
ADOLF MERKL Allgemeines Verwaltungsrecht 1927;
FRIEDRICH GIESE, ERHARD NEUWIEM, ERNST CAHN Deutsches Verwaltungsrecht (Sonderband aus dem Lehr- und Handbuch „Die Beamten-Hochschule") 1930.

Während SCHOEN, wie schon der Titel lehrt, nur einige wichtige Abschnitte behandelt, umfaßt HATSCHEKS Lehrbuch den größten Teil des Verwaltungsrechts, allerdings mit der Beschränkung auf das Reich und auf Preußen. Gegenüber OTTO MAYER und FLEINER, denen es in der Art der Darstellung nicht gleichkommt, zeichnet sich HATSCHEKS Lehrbuch dadurch aus, daß es auch verwaltungsrechtliche Sondergebiete, wie Vereins-, Preß-, Gewerbepolizei, Armenfürsorge, darstellt. HERRNRITTS Grundlehren behandeln vorwiegend das österreichische Recht, sind aber auch für Deutschland wertvoll, während MERKL das positive Recht eines bestimmten Staates bewußt vernachlässigt. Das Lehrbuch von GIESE, NEUWIEM und CAHN endlich nähert sich als Ganzes wieder der vor OTTO MAYER üblich gewesenen Art der Stoffbehandlung.

c) Einzelschriften. Der Überblick über das verwaltungsrechtliche Schrifttum wäre unvollständig, wenn er nicht auch mehrerer Einzelschriften gedächte, die zum Teil bedeutenden Einfluß auf die Rechtsprechung erlangt haben. Erwähnt seien zunächst vor OTTO MAYERS Deutschem Verwaltungsrecht liegende Schriften:

H. ROSIN Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen 1882; 2. Aufl. 1895;
DERSELBE Das Recht der öffentlichen Genossenschaft 1886;
E. BERNATZIK Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886;
FR. TEZNER Zur Lehre von dem freien Ermessen 1888;
G. JELLINEK System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892; 2. Aufl. 1905;
G. ANSCHÜTZ Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen, VerwArch. 1 (1893) S. 389ff.;
E. LOENING Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen, VerwArch. 2 (1894) S. 217ff., 437ff.; 3 (1895) S. 94ff., 510ff.; dasselbe in neuer Auflage als Bd. 1 der „Abhandlungen und Aufsätze" E. LOENINGS 1914 erschienen.

Von den nach 1895 erschienenen Einzelschriften seien an dieser Stelle nur einige wenige genannt, namentlich solche, deren Verfasser man als Verwaltungsrechtslehrer im Hauptberuf bezeichnen kann. Im übrigen wird auf die Einzelschriften in der späteren Darstellung bei gegebener Gelegenheit hingewiesen werden. Nicht alle nach 1895 erschienenen Schriften sind übrigens von OTTO MAYER beeinflußt. Erwähnt seien:

G. ANSCHÜTZ Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt 1897 (auch VerwArch. 5, 1897, S. 1ff.);
DERSELBE Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des OVG., PrVerwBl. 22 (1901) S. 83ff.;

STIER-SOMLO Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustande, VerwArch. 6 (1898) S. 275ff.;
R. THOMA Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1. Teil 1906;
G. ANSCHÜTZ Justiz und Verwaltung, HINNEBERGS Kultur der Gegenwart, Syst. Rechtswissenschaft 1906; 2. Aufl. 1913;
E. BERNATZIK Polizei und Kulturpflege, ebendaselbst;
FR. FLEINER Einzelrecht und öffentliches Interesse, Staatsr. Abhandlungen, Festgabe für LABAND, II 1908 S. 1ff.;
W. JELLINEK Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen 1908;
C. BROCKHAUSEN Verwaltungsrechtliche und verwaltungspolitische Essays 1908;
K. KORMANN System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910 (unveränderter Neudruck 1925);
R. v. LAUN Das freie Ermessen und seine Grenzen 1910;
K. KORMANN Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, AnnDR. 1911 u. 1912 (dazu WALTHER MERK in BadVerwZ. 1912 S. 211ff., 223ff.);
W. JELLINEK Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen 1913;
O. BÜHLER Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung 1914 (dazu meine Bespr. im ArchÖffR. 32, 1914, S. 580ff.);
K. FRIEDRICHS Der allgemeine Teil des Rechts, AnnDR. 1917 S. 385ff. (1927 unter dem gleichen Titel als umfassende Einzelschrift erschienen);
W. APELT Der verwaltungsrechtliche Vertrag 1920;
G. LASSAR Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht 1921;
H. PETERS Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen 1926.

Ausschließlich verwaltungsrechtliche Abhandlungen findet man in der Festgabe für das preußische OVG.,

Verwaltungsrechtliche Abhandlungen. Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des preußischen Oberverwaltungsgerichts, her. v. TRIEPEL, 1925, mit Beiträgen von JESSE, BÜHLER, HELFRITZ, W. JELLINEK, SCHOEN, STIER-SOMLO, THOMA, WALDECKER

einige in der Festschrift für den bayerischen VGH.

Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs 1929, mit verwaltungsrechtlichen Beiträgen von VON JAN, W. JELLINEK, LAFORET, STIER-SOMLO

und ebenso in der Festgabe für FLEINER.

Festgabe für FRITZ FLEINER zum 60. Geburtstag 24. Januar 1927, mit verwaltungsrechtlichen Beiträgen von BLUMENSTEIN, BÜHLER, IMHOF, ROTHENBÜCHER.

Eine Reihe von Praktikern, wie JEBENS, SCHULTZENSTEIN, W. SCHELCHER, HOFACKER, K. FRIEDRICHS und in den letzten Jahren vor allem auch B. DREWS, haben sich durch eine große Anzahl von Zeitschriftenaufsätzen und Einzelschriften um die Wissenschaft des Verwaltungsrechts hohe Verdienste erworben. Die Schriften des Württembergers HOFACKER sind alle bei Kohlhammer in Stuttgart verlegt, die Aufsätze von JEBENS gesammelt und bei Carl Heymann erschienen,

A. W. JEBENS Verwaltungsrechtliche Aufsätze 1899,

die der andern in Zeitschriften verstreut. Bei SCHULTZENSTEIN

über ihn K. FRIEDRICHS im PrVerwBl. 38 (1917) S. 485f., 43 (1922) S. 351

darf man vermuten, daß sie zum größeren Teile im Verwaltungsarchiv stehen, ein Verzeichnis der Arbeiten von B. DREWS gibt MEISTER im Reichsverwaltungsblatt 51 (1930) S. 82f., bei SCHELCHER ist FISCHERS Zeitschrift der Fundort, dagegen wäre eine gesammelte Ausgabe der sehr zahlreichen kleinen Aufsätze von K. FRIEDRICHS zu begrüßen.

d) Kommentare und Handbücher für Sondergebiete. Da es an einer allumfassenden Kodifikation des Verwaltungsrechts fehlt, können sich die Kommentatoren nur Sondergesetzen zuwenden. Als wissenschaftliche Kommentare und Handbücher dieser Art seien für das Reich hervorgehoben:

v. LANDMANN und ROHMER Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich[8] I 1928, II 1 1930;
E. BECKER Die Reichsabgabenordnung[7] 1930;

für Preußen:

C. F. KOCH Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten[8], 4 Bände 1884—86;
G. ANSCHÜTZ Die Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat I 1912;
K. FRIEDRICHS Das Landesverwaltungsgesetz 1910;
DERSELBE Das Polizeigesetz 1911;
DERSELBE Verwaltungsrechtspflege, 3 Bände 1920/21;
L. HOLTZ-F. KREUTZ Das preußische Wassergesetz, neu bearbeitet von P. SCHLEGELBERGER, I[3 u. 4] 1927, II[4] 1931;
M. v. BRAUCHITSCH Die preußischen Verwaltungsgesetze (näheres unter § 7 V 2);

für Bayern:

A. DYROFF Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz[5] 1917, Normennachtrag 1925, Ergänzungsband mitbearbeitet von KLEE und HECHTEL 1928;

für Sachsen:

K. APELT Das königlich sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege[2] 1911;

für Württemberg:

K. GOEZ Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg 1902;
HEGELMAIER u. a. Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung 1931 (vgl. hierüber oben S. 98 N. 2);

für Thüringen:

KNAUTH und K. WAGNER Landesverwaltungsordnung für Thüringen 1927, Deckblätter 1930.

e) Übungsfälle und Aktenstücke. Übungsfälle ohne Lösungen haben FLEINER, ANSCHÜTZ und v. LOEWENSTEIN herausgegeben:

FLEINER Verwaltungsrechtsfälle zum akademischen Gebrauch[3] 1929,
ANSCHÜTZ Fälle und Fragen des Staats- und Verwaltungsrechts[6] 1930,
v. LOEWENSTEIN Praktikum des öffentlichen Rechts 1927,

Übungsfälle mit Lösungen EMIG und KOLLATH:

EMIG Fälle aus dem öffentlichen Recht. Eine Sammlung von Aufgaben mit Lösungen 1930,
KOLLATH Praktische Verwaltungsrechtsfälle mit Lösungen 1930.

KORMANN, der leider 1914 fiel, behandelt einige Fälle auf überaus lehrreiche Art in Rede und Gegenrede.

KORMANN Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts, Heft I 1914, 2. Aufl. bearbeitet und vollendet von FR. LIST 1930; für Bayern vgl. ferner FRHR. VON SCHEURL Einführung in das verwaltungsrechtliche Denken 1927 S. 80ff.

In neuerer Zeit wird dem Anfänger das innere Getriebe der Verwaltung durch Sammlungen von Aktenstücken anschaulich gemacht.

EISENTRAUT Sammlung von Aktenstücken aus dem Verwaltungsrecht[3] 1930;
HELFRITZ Aktenstücke des Verwaltungsrechts 1927.

f) Zeitschriften. Es gibt kaum eine juristische Zeitschrift, in die sich nicht ein wichtiger verwaltungsrechtlicher Aufsatz verirren könnte. Hier seien nur die gerade für verwaltungsrechtliche Arbeiten bestimmten Zeitschriften genannt. Dabei sind zu unterscheiden Zeitschriften, für die es keine Landesgrenzen gibt, und solche mit überwiegend landsmannschaftlichem Gepräge. Zu den ersten gehören:

Archiv des öffentlichen Rechts, begründet von LABAND und STOERK, früher von OTTO MAYER mitherausgegeben und durch manchen Aufsatz und viele Besprechungen bereichert, jetzt herausgegeben von HECKEL (nach HOLSTEINS Tode), KOELLREUTTER und TRIEPEL, pflegt vorwiegend das Staatsrecht;
Verwaltungsarchiv, begründet von SCHULTZENSTEIN und KEIL, jetzt herausgegeben von E. KAUFMANN, LASSAR, LINDENAU und H. PETERS;
Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (bis 1927 nur: Preußisches Verwaltungsblatt), her. von LINDENAU, KAISENBERG, E. KAUFMANN und LASSAR;
FISCHERS Zeitschrift für Verwaltungsrecht, her. von W. SCHELCHER;
Staats- und Selbstverwaltung, her. von DERSCH;
Die Polizei, her. von TEJESSY.

Das Reichsverwaltungsblatt bevorzugt das preußische, FISCHERS Zeitschrift das sächsische Recht. Ausgesprochene Landeszeitschriften sind:

Bayerische Verwaltungsblätter (Blätter für administrative Praxis), her. von KOLLMANN;
Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung, her. von ZIEGLER;
Die bayerische Polizei, her. von EICHNER;

Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt, her. von DEGEN und WARNEYER;
Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, her. von HALLER und NATTER;
Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg und Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege, mit Spruchbeilage, früher herausgegeben von A. v. BOSCHER, jetzt von T. SEEGER und C. SARWEY;
Die Verwaltungspraxis, Fachzeitschrift für die württembergische Verwaltung, her. vom Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart;
Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege, begründet von E. LOENING, jetzt herausgegeben von SCHNEIDER;
Thüringer Kommunale Rundschau, her. von BECKER, KIESS, KNAUTH und ZEUNERT;
Thüringer Gemeinde- und Kreiszeitung, Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege, her. von v. HAUSEN;
Zeitschrift für Staats- und Gemeindeverwaltung (Hessische Gemeindezeitung), her. von FEY;
Hanseatische Rechtszeitschrift, her. von MITTELSTEIN, E. BRUCK und LEO, seit 1928 Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift, Abt. A, her. von E. BRUCK u. M. LEO;
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, her. von SCHLESINGER;
Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg, her. von RIESEBIETER und MUTZENBECHER;
Braunschweigische Zeitschrift für Rechtspflege, her. von HERBST;
Danziger Juristische Monatsschrift, her. von O. LOENING, H. LEWINSKY und H. REISS.

Auch auf die S. 60 genannten Kommunalzeitschriften sei verwiesen.

**3. Sammlungen von Entscheidungen.** Für die Verwaltungsrechtswissenschaft ist die Kenntnis der Entscheidungen höchster Gerichte unentbehrlich. Da es fast ebensoviel höchste Verwaltungsgerichte gibt wie deutsche Länder und da außerdem die ordentlichen Gerichte, namentlich das Reichsgericht, das Kammergericht und das Bayerische Oberste Landesgericht, wichtige Aufgaben der Rechtsprechung in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten erfüllen, ist es mühsam, sich einen vollständigen Überblick zu verschaffen. Diesem Mangel suchen drei Sammlungen abzuhelfen, zwei laufend erscheinende und eine abgeschlossen in der Vergangenheit liegende:

REGER Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, jetzt herausgegeben von OESCHEY, seit 1881;
Rechtsprechung oberster deutscher Verwaltungsgerichte, Spruchbeilage der Zeitschrift „Reich und Länder", her. von ERNST ISAY u. a., seit 1931;
v. KAMPTZ und DELIUS Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und Kammergerichts auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, 2 Bände 1906/07, Ergänzungsband 1911.

Die Entscheidungen der höchsten Verwaltungsgerichte der einzelnen Länder sind in folgenden Sammlungen enthalten:

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts (vgl. hierzu H. GERBER Die Grundsätze eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des PrOVG., VerwArch. 36, 1931, S. 1ff.; Würdigung der früheren Rechtsprechung durch ANSCHÜTZ im PrVerwBl. 22, 1901, S. 83ff.);
v. KAMPTZ und ST. GENZMER Die Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts in systematischer Darstellung, 4 Bände 1897—1898, nebst Ergänzungsbänden, letzter (5.) Ergänzungsband 1912;
KUNZE und KAUTZ Die Rechtsgrundsätze des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, begründet von PAREY, 4. Aufl., 3 Bände 1905—1906, mit Ergänzungsbänden bis 1916;
Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes und des Oberverwaltungsgerichtes des Saargebietes in Saarlouis, ABl. d. RegKomm. d. Saargeb. 1928 S. 933ff., Dezemberbeilage 1930;
Sammlung der Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs;
Jahrbücher des sächsischen Oberverwaltungsgerichts;
Rechtsgrundsätze des sächsischen Oberverwaltungsgerichts, begründet von WACHLER u. NAUNDORFF, I—V 1905—1927;
Die Rechtsprechung des Großherzoglich badischen Verwaltungsgerichtshofes, 3 Teile 1891, 1897, 1911, 1. Teil her. von WIELANDT, 3. Teil her. von BEHR;
Jahrbuch der Entscheidungen des thüringischen Oberverwaltungsgerichts;
Entscheidungen des hessischen Verwaltungsgerichtshofs;
Entscheidungen der hamburgischen Verwaltungsgerichte (erscheinen als Sonderdrucke aus der Hanseatischen Rechtszeitschrift, bisher 2 Bände);

Entscheidungen des (braunschweigischen) Verwaltungsgerichtshofs (Beilagehefte der braunschweigischen Zeitschrift für Rechtspflege);
Entscheidungen des bremischen Verwaltungsgerichts 1924—1929, her. von R. WEDEMEYER 1930.

Von den größeren Ländern hat also Württemberg überhaupt keine besondere Sammlung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und Baden keine laufende. Zudem bringt die „Rechtsprechung" die badischen Entscheidungen nicht wörtlich. Hier wie in Mecklenburg, Oldenburg und Anhalt müssen die soeben erwähnten Landeszeitschriften die Stelle von Entscheidungssammlungen vertreten, ebenso in Hamburg, dessen Entscheidungen zuerst in der Hanseatischen Rechtszeitschrift erscheinen. Von den Verwaltungsgerichten Bremens, Lippes und Lübecks erscheinen ab und zu Entscheidungen in der Juristischen Wochenschrift, der Hanseatischen Rechtszeitschrift oder sonstigen Zeitschriften.

Als Sammlungen verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen des Reichs sind zu nennen:

Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen;
Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungsamts;
Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts;
Entscheidungen des Reichswirtschaftsgerichts (und des Kartellgerichts), nur 2 Bände, 1923/24;
Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts;
Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs.

**4. Ausländisches Verwaltungsrecht.** a) Vom ausländischen Verwaltungsrecht ist dem deutschen am nächsten verwandt das österreichische. Aus dem Schrifttum hierzu seien hervorgehoben:

HERRNRITT Österreichisches Verwaltungsrecht 1925;
ADAMOVICH Österreichisches Verwaltungsrecht 1924;
DERSELBE Grundriß des österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes) 1927;
TEZNER Die rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 4 Teile 1925;
KOLLMANN Die österreichische Verwaltung, BayVerwBl. 77 (1929) S. 193ff., mit Fortsetzungen bis S. 437ff.;
Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes, früher herausgegeben von BUDWINSKI;
Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes, Fortsetzung der von HYE herausgegebenen Sammlung der Erkenntnisse des österr. Reichsgerichts.

Zwei österreichische Zeitschriften ausgesprochen verwaltungsrechtlichen Inhalts sind eingegangen, aber durch eine neue ersetzt worden.

Österreichisches Verwaltungsarchiv, her. von F. SCHMID (zuletzt 1907);
Zeitschrift für Verwaltung, her. von MERKL (zuletzt 1924);
Österreichisches Verwaltungsblatt, her. von ADAMOVICH, CORETH und NEIDL, Beilage zur Wiener Zeitung, seit 1930.

Auch die Zeitschrift für öffentliches Recht

Zeitschrift für öffentliches Recht, her. von KELSEN

berücksichtigt das Verwaltungsrecht mit.

b) Dem gleichen Kulturkreis wie das österreichische gehört das tschechoslowakische Verwaltungsrecht an.

WEYR-DOMINIK Grundriß des čechoslowakischen Verwaltungsrechtes 1922;
ADAMOVICH Grundriß des tschechoslowakischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes) 1929;
Entscheidungen des Obersten Verwaltungsgerichtes in Prag. Beilage der Juristen-Zeitung für das Gebiet der tschechoslowakischen Republik.

c) In der Schweiz fehlt es an einem durchgebildeten Verwaltungsrecht, was mit der beschränkten Zuständigkeit der bis 1929 zudem nur in einigen Kantonen, nicht im Bunde eingeführt gewesenen Verwaltungsgerichte zusammenhängen mag. Von den Gerichten vielfach angeführt werden FLEINERS, doch für Deutschland

geschriebene, Institutionen. Ein neuzeitliches Werk über schweizerisches Verwaltungsrecht ist, abgesehen von den verwaltungsrechtlichen Teilen des Schweizerischen Bundesstaatsrechts von FLEINER, 1923, nicht vorhanden. Unentbehrlich als Handbuch der kantonalen Gesetzeskunde ist auch heute noch der Grundriß SCHOLLENBERGERS,

SCHOLLENBERGER Grundriß des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone, I—III 1898—1900

während in das Staats- und Verwaltungsrecht des Bundes eine neue von GIACOMETTI herausgegebene Sammlung von Gesetzestexten einführt.

GIACOMETTI Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1930.

Im übrigen sind die öffentlichrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts und einige Zeitschriften von Wichtigkeit.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, I. Teil, Staats- und Verwaltungsrecht, jährlich ein Band;
Die Praxis des Bundesgerichts. Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts;
E. CURTI Sämtliche Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts in abgekürzter Fassung und nach Materien geordnet 1901, Fortsetzung 1910.
Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, her. von KELLER, HUNGERBÜHLER u. KLAUS;
Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, her. von BLUMENSTEIN.

d) Ähnlich verkümmert wie in der Schweiz ist das Verwaltungsrecht als besonderer Wissenszweig in England und, trotz mancher Ansätze, in Amerika (vgl. auch oben S. 48 N. 2). Auch hier liegt der Grund vermutlich im Fehlen einer umfassenden besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Bezeichnenderweise haben sich mit dem englischen Verwaltungsrecht als solchem vor allem Nicht-Engländer befaßt, z. B.

GNEIST Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den deutschen Verwaltungssystemen, 2 Bände 1883/84;
J. REDLICH Englische Lokalverwaltung 1901 (dazu E. SCHUSTER im ArchÖffR. 19, 1905, S. 169ff.);
HATSCHEK Englisches Staatsrecht, 2. Bd.: Die Verwaltung 1906;
KOELLREUTTER Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England 1912.

Als ein englisches Buch sei nur das vielgelesene von JENKS über die Lokalverwaltung erwähnt:

JENKS An outline of English Local government[7] 1930.

Die amerikanische Verwaltungsrechtswissenschaft ist verbunden mit dem Namen GOODNOWS.

GOODNOW The principles of the administrative law of the United States 1905;
DERSELBE Comparative administrative law, 2 Bände 1893.

Die bedeutendsten verwaltungsrechtlichen Werke hat aber wohl ERNST FREUND, ein amerikanischer Gelehrter deutscher Abkunft und Erziehung, geschrieben.

ERNST FREUND The police power 1904;
DERSELBE Administrative powers over persons and property 1928. Vergl. auch vom gleichen Verfasser: Cases on administrative law[2] 1928 und Das öff. Recht d. Ver. Staaten von Amerika 1911.

Außerdem sind erwähnenswert:

COOLEY Constitutional limitations[8] II 1927 S. 1223ff.;
WHITE Introduction to the study of public administration 1926;
GARNER La conception anglo-américaine du droit administratif, Mélanges HAURIOU 1929 S. 335ff.;
ROSENBERRY Administrative Law and the Constitution, in der im folgenden genannten Zeitschrift 23 (1929) S. 32ff.

Als öffentlichrechtliche Zeitschrift ist vor allem zu nennen:

The American Political Science Review.

e) Dagegen steht die Verwaltungsrechtswissenschaft in den romanischen Ländern in hoher Blüte, vor allem in Frankreich, das schon auf eine langjährige Rechtsprechung seines Verwaltungsgerichts, des Conseil d'État, zurückblicken konnte, als man in Deutschland Verwaltungsgerichte schuf.

Recueil des arrêts du Conseil d'État, seit 1821.

In die Quellen führen zwei handliche Sammlungen der Verwaltungsgesetze ein:

DELPECH Code administratif 1927, Nachträge 1927 und 1929;
BOURDEAUX Code administratif, 2 Bände (1930).

Aus den zahlreichen Darstellungen des Verwaltungsrechts seien hervorgehoben:

OTTO MAYER Theorie des französischen Verwaltungsrechts 1886;
BERTHÉLEMY Traité élémentaire de droit administratif[12] 1930;
M. HAURIOU Précis de droit administratif[11] 1927;
DERSELBE Précis élémentaire de droit administratif[2] (her. von A. HAURIOU) 1930;
ROLLAND Précis de droit administratif[3] 1930;
JÈZE Verwaltungsrecht der französischen Republik 1913;
DERSELBE Les principes généraux du droit administratif[3] I 1925, II 1930, III 1926.

JÈZE gibt auch die französische Zeitschrift des öffentlichen Rechts heraus,

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.

in der u. a. wichtigere Entscheidungen des Staatsrats abgedruckt und besprochen werden. Eine andere Gelegenheit zur Besprechung der Staatsratsentscheidungen, ähnlich wie bei uns in der Juristischen Wochenschrift durch Fußnoten, bieten die beiden großen periodischen Sammelwerke von DALLOZ und SIREY, beide in ihrem dritten Teil:

DALLOZ Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine;
Recueil général des lois et des arrêts, fondé par J.-B. SIREY.

Ein für andere Länder vorbildlich gewordenes Wörterbuch des Verwaltungsrechts gibt es in Frankreich seit vielen Jahrzehnten:

BLOCK Dictionnaire de l'administration française[5] 2 Bände 1905, ErgBd. 1907 (1. Aufl. 1855—56).

Belgien, das sich als eine Art Musterland auf dem Gebiete der Verwaltung fühlt, hat ebenfalls ein gut entwickeltes Schrifttum. Erwähnt seien folgende Bücher:

ERRERA Das Staatsrecht des Königreichs Belgien 1909;
VAUTHIER Précis du droit administratif de la Belgique 1928.

Aufsätze in französischer Sprache bringt ferner die von NEGULESCU herausgegebene rumänische Zeitschrift für öffentliches Recht

Revista de drept public, seit 1926,

auch ein japanisches Lehrbuch des Verwaltungsrechts ist in französischer Sprache erschienen:

YORODZU ODA Principes de droit administratif du Japon 1928.

In Italien steht die Verwaltungsrechtswissenschaft auf hoher Stufe. Die italienische Zeitschrift für öffentliches Recht

Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia

bringt neben wissenschaftlichen Abhandlungen auch die Entscheidungen des Consiglio di Stato (Staatsrats) im Auszug. Aus dem reichen sonstigen Schrifttum sind hervorzuheben:

V. E. ORLANDO Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano (ein auf 10 Bände berechnetes, noch nicht abgeschlossenes Werk);
DERSELBE Principii di diritto amministrativo[5] 1925;
S. ROMANO Principii di diritto amministrativo italiano[3] 1912;
O. RANELLETTI Principii di diritto amministrativo I 1912, II 1 1915;
DERSELBE Lezioni di diritto amministrativo I[2] 1925, II 1923, III 1924;
A. SALANDRA Corso di diritto amministrativo[3] 1921;
E. PRESUTTI Istituzioni di diritto amministrativo italiano[2], 2 Bände 1917/20;
F. CAMMEO Corso di diritto amministrativo, 3 Bände 1914/15;
C. F. FERRARIS Diritto amministrativo I 1922, II 1923;

M. La Torre Elementi di diritto amministrativo 1925;
U. Borsi Appunti di diritto amministrativo 1926;
U. Forti Lezioni di diritto amministrativo I 1926, Append. 1927;
J. Tambaro Diritto amministrativo 1930.

Endlich seien aus dem spanischen Schrifttum noch folgende Lehrbücher des Verwaltungsrechts genannt:

José Gascón y Marín Tratado de derecho administrativo[3] I 1928,
Adolfo Posada Tratado de derecho administrativo[2] I 1923,
Antonio R. Villanova Elementos de derecho administrativo[11] 1929,
sowie für Argentinien das dreibändige Werk von Bielsa:
Rafael Bielsa Derecho administrativo y Cienca de la Administración[2] 1929.

**5. Rechtsvergleichung und internationales Recht.** Die Eigenart des deutschen Verwaltungsrechts, zum größeren Teile Landesrecht zu sein, zwingt jeden, der mit seinen Forschungen nicht im Lande bleibt, also jeden, der nicht nur preußisches, sächsisches, sondern deutsches Verwaltungsrecht darstellen will, zur Rechtsvergleichung wenigstens innerhalb der Reichsgrenzen. Aber auch hier darf man nicht Halt machen, da das eigene Recht viel plastischer erscheinen wird, wenn man es von außen her, gleichsam als ein in fremden Vorstellungen Aufgewachsener, betrachtet. Am Schlusse dieser Übersicht seien daher noch zwei Werke genannt, die das deutsche Verwaltungsrecht in besonders glücklicher Weise auf rechtsvergleichender Grundlage beleuchtet haben: das hauptsächlich die organisatorischen Fragen behandelnde Verwaltungsrecht Ernst v. Meiers und der wichtige Beitrag Erich Kaufmanns zum Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts.

Ernst v. Meier Das Verwaltungsrecht, in v. Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft[6], 2. Bd. 1904 S. 637ff.;
Erich Kaufmann Verwaltung, Verwaltungsrecht, in v. Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 3. Bd. 1914 S. 688ff.

Auch Hatscheks nachgelassene Einleitung in das öffentliche Recht, des Dänen Andersen verwaltungsrechtliche Untersuchungen, Lipperts Werk über das internationale Finanzrecht, die seit 1929 erscheinende Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und namentlich Neumeyers groß angelegtes Internationales Verwaltungsrecht bringen viel Anregung für die rechtsvergleichende Forschung.

Hatschek Einleitung in das öffentliche Recht 1926 S. 59ff.;
Poul Andersen Hovedpunkter af Forvaltningsretten I 1930;
Lippert Handbuch des internationalen Finanzrechts[2] 1928;
Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, her. von V. Bruns und anderen;
K. Neumeyer Internationales Verwaltungsrecht I 1910, II 1922, III 1 1926, III 2 1930.

## IV. Gliederung der folgenden Darstellung.

Die Jugend der Verwaltungsrechtswissenschaft zeigt sich u. a. darin, daß sie es noch nicht zu einem anerkannten System des Verwaltungsrechts gebracht hat. Zweck eines jeden Systems muß es sein, dem Lernenden und Rat Suchenden den Überblick über das Ganze zu veranschaulichen und zu vereinfachen. Unserer Darstellung liegt folgender Gedanke zugrunde:

Der Allgemeine Teil beginnt mit der Lehre von den Rechtsquellen (§ 7). Die Rechtsquellen aber regeln die Beziehungen zwischen Rechtssubjekten unter der Voraussetzung des Eintritts gewisser Tatsachen. Also werden zunächst die Rechtssubjekte einer Betrachtung unterzogen (§ 8), dann die Beziehungen zwischen ihnen, die Rechtsverhältnisse, insbesondere die subjektiven öffentlichen Rechte (§ 9), endlich die rechtserheblichen Tatsachen, denen die Rechtsverhältnisse ihr Dasein verdanken, darunter vor allem der Verwaltungsakt (§§ 10, 11). Die Rechtsverhältnisse sind aber nur dann voll wirksam, wenn ihnen genügender Schutz zur Seite steht, der sich für den schwächeren Teil im Schutz

gegen Übergriffe der Verwaltung, vor allem in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Amtshaftung (§§ 12ff.), und für den Staat im Verwaltungszwang und in der Verwaltungsstrafe (§ 15) äußert.

Dem schließt sich ein Besonderer Teil an, geordnet nach den einzelnen Mitteln, durch die der verwaltende Staat befähigt wird, seinen Aufgaben gerecht zu werden. Vor allem tun ihm Menschen not, auf deren Treue er sich bei Erfüllung seiner Zwecke unbedingt verlassen kann; wie er zu solchen kommt, zeigt das Recht des öffentlichen Dienstes, von dem das Beamtenrecht den wichtigsten Teil ausmacht (§ 16). Zur Besoldung der Beamten, für Bauten und andere Ausgaben braucht der Staat Geld, das er sich auf obrigkeitlichem Wege verschaffen muß; die Regeln hierüber enthält das Finanzrecht (§ 17). Aber alles Geld fruchtet nichts, wenn der Staat ein Grundstück oder einen sonstigen Gegenstand erwerben möchte und der Berechtigte ihn nicht freiwillig abtritt; das Enteignungsrecht und was damit zusammenhängt gibt Aufschlüsse darüber, wie solche Widerstände zu brechen sind (§ 18). So bleiben, da der Staat jetzt Herr über alle Gegenstände und über die ihm zur Treue verpflichteten Menschen ist, nur noch Dienste ohne Treupflicht, wie Schneeschippen, Hilfe bei Bränden, Auskünfte von Zeugen, sog. öffentliche Lasten, übrig, die er sich muß verschaffen können, um alles zu haben, dessen er positiv bedarf (§ 19). Daneben tritt dann die große, in ihrem Endzweck negative Tätigkeit des Staats zur Abwehr von Störungen, die unter dem Namen der Polizei bekannt ist (§§ 20, 21). Der Staat, der bis hierher vielfach nur als der große Nehmer, als Gebieter und Verbieter, tätig war, kann sich aber auch als Geber zeigen, ohne damit den Boden des Privatrechts zu betreten, so wenn er öffentliche Sachen, wie Straßen und Wasserläufe, der Allgemeinheit oder einzelnen Personen zur Verfügung stellt oder wenn er Anstalten, wie Schulen oder Krankenhäuser, errichtet und den Bürger daran teilnehmen läßt (§ 22). Der Staat braucht aber nicht immer selbst Subjekt der Verwaltung zu sein, er kann ein Stück öffentlicher Verwaltung abzweigen und anderen Rechtsträgern anvertrauen. Ist dies eine Privatperson, insbesondere eine juristische Person des Privatrechts, z. B. eine Aktiengesellschaft, so liegt die Rechtseinrichtung der öffentlichen Unternehmung vor; wird dagegen die juristische Person gerade zu dem Zwecke geschaffen oder staatlich anerkannt, um unter staatlicher Aufsicht öffentliche Verwaltung zu führen, so ist dies der Fall der Selbstverwaltung mit ihren mannigfachen Beziehungen zwischen Selbstverwaltungskörper und aufsichtführendem Staate (§ 23).

Auch der Besondere Teil sieht nach vorstehender Skizze noch recht „allgemein“ aus. Von den Einzelgebieten des Verwaltungsrechts, wie Paßwesen, Freizügigkeit, Bau- und Wohnungswesen, Denkmalpflege, Siedelung, Gewerberecht, Viehzucht, Viehseuchen, Impfzwang, Fürsorgewesen u. dgl. steht nichts in den Überschriften. Trotzdem sind diese und andere Einzelgebiete nicht vergessen. Doch ist es besser, sie bei passender Gelegenheit innerhalb der Hauptteile zu behandeln als ihnen besondere Überschriften zu widmen und damit die gerade im Verwaltungsrecht so dringend nötige Einfachheit des Systems zu gefährden.

# Allgemeiner Teil.

## § 7. Die Quellen des Verwaltungsrechts.

Otto Mayer I S. 64ff., 73ff., 81ff.; Fleiner S. 61ff., 67ff.; Schoen S. 261ff.; Hatschek S. 49ff., 58ff.; Loening S. 225ff.; G. Meyer-Dochow S. 17ff.; Herrnritt S. 79ff.; Merkl S. 98ff.; Gerber S. 2ff.; G. Meyer-Anschütz S. 637ff.; Thoma, W. Jellinek u. a. im HdbDStR. II S. 108ff.

W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913; Erwin Jacobi Grundlehren des Arbeitsrechts 1927 S. 76 ff.; Tezner Die rechtsbildende Funktion der österr. verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung II: Die Rechtsquellen des österr. Verwaltungsrechtes 1925; WürttVRO. 1931 S. 67ff.

Laband Staatsrecht d. D. Reichs II[5] 1911 S. 1ff.; G. Jellinek Gesetz und Verordnung 1887; Haenel Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien II) 1888; Dyroff Rechtssatzung und Gesetz 1889; Anschütz Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt[2] 1901; Schanze Die obrigkeitliche Gewalt und der verfassungsrechtliche Schutz der Freiheit und des Eigentums, FischersZ. 36 (1909) S. 1ff.; Fr. Rosin Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht 1911; Thoma Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, Festg. f. O. Mayer 1916 S. 165ff.; derselbe im HdbDStR. II S. 221ff.; Arndt „Vorrang des Gesetzes“ und „Erfordernis des Gesetzes“ im preußischen Verfassungsrechte, VerwArch. 25 (1917) S. 172ff.

Erwin Jacobi Das Verordnungsrecht im Reiche seit dem November 1918, ArchÖffR. 39 (1920) S. 273ff.; derselbe im HdbDStR. II S. 236ff.; G. Holstein Theorie der VO. im franz. und belg. Verwaltungsrecht, Bonner Festg. f. Zitelmann 1923 S. 307ff.; O. Bühler Der zulässige Inhalt von Ausführungsbestimmungen zu Steuergesetzen, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 29ff.; derselbe Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 S. 34ff.; Fleischmann Rechtsgutachten über den Zuschuß der Stadt Weimar zu den Kosten des Deutschen Nationaltheaters, als Handschrift gedruckt, 1929 S. 22ff. (Grenzen von Ausführungsverordnungen). — H. Rosin Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen[2] 1895; K. Friedrichs Das Polizeigesetz 1911; Kerstiens Typische Fehler in Polizeiverordnungen, „Die Polizei“ 26 (1929) S. 503ff., 563ff. (dazu Schmalz 27, 1930, S. 341f.); Kommentare zum bay. PolStGB. von Frhr. v. Riedel-v. Sutner[7] 1907, Schiedermair[2] 1931, Schmitt[9] 1930, Weinisch[2] 1924; Krenkel Das Polizeiverordnungsrecht in Sachsen, Leipz. Diss. 1905; v. Schicker Polizeistrafrecht i. Württemberg[4] 1907; Nebinger Das Württ. Polizeistrafgesetz und die Handhabung der Polizeigewalt in Württemberg[2] 1930; Schlusser-E. Müller Bad. Polizeistrafrecht[3] 1908; Thoma Der Polizeibefehl im badischen Recht I 1906; Roth u. Adler Bezirks- u. ortspolizeiliche Vorschriften, BadVerwZ. 1930 S. 34ff., 49ff.; Lassally Reform des Polizeiverordnungsrechts in Hamburg, „Die Polizei“ 27 (1930) S. 214f.; Hilda Kliefoth Das Polizeiverordnungsrecht in Mecklenburg-Schwerin 1929 (dazu Klien in MecklZ. 46, 1930, Sp. 463ff., u. Schmidt zur Nedden ebenda 47, 1931, Sp. 233ff.).

Jebens Verwaltungsrechtliche Aufsätze 1899 S. 264ff.; Schanze Über die Rückwirkung von Gesetzen, FischersZ. 53 (1921) S. 219ff.; K. Gross Die zeitliche Herrschaft der Gesetze in der Rechtsprechung des BayVGH., BlAdmPr. 72 (1922) S. 17ff.; Vervier Der Rechtswechsel im öffentlichen Recht 1923 (dazu Braunwart in BayGemZ. 34, 1924, Sp. 117ff.); von Eggelkraut Die zeitliche Herrschaft der Rechtsnormen, BayVerwBl. 74 (1926) S. 225ff.; Nawiasky Gutachten über die Frage, ob die Genehmigung des Reichsrats, den Bahnzoll von Kraftfahrzeugen mit Rückwirkung vom 1. April 1923 zu erheben, rechtsgültig ist (als Manuskript gedruckt) 1928; Köstlin Rückwirkung des neuen Beamtengesetzes, WüRV. 22 (1929) S. 49ff.; Neumann Rückwirkende Aufhebung einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Neue ZArbR. 10 (1930) Sp. 681ff. (dazu Amtsberg ebenda 11, 1931, Sp. 233ff.). — Hubrich Die reichsgerichtliche Judikatur und das Prinzip der Einheit des inneren preußischen Staatsrechts, AnnDR. 1908 S. 662ff., 725ff.; Anschütz VerfUrk. f. d. pr. Staat I 1912 S. 83ff.; Stephan Die Veränderung von Gemeindegrenzen und ihre Rechtsfolgen, VerwArch. 11 (1903) S. 317ff.; H. Koch Eingemeindungsrecht und Polizeiverordnung 1909; Stier-Somlo in der Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 158ff. und die dort S. 151f. N. 1 Genannten; H. Peters S. 106ff.; Br. Müller Ortsrecht und Eingemeindung, RVerwBl. 50 (1929) S. 491f. — Otto Mayer II[1] 1896 S. 453ff.; K. Neumeyer Internationales Verwaltungsrecht I 1910, II 1922, III 1 1926, III 2 1930; E. Isay

Zwischenprivatrecht und Zwischenverwaltungsrecht, Bonner Festg. f. ZITELMANN 1923 S. 289ff.; DERSELBE Art. „Internationales Verwaltungsrecht“, HWBRW. III 1928; G. LIPPERT Handbuch des internationalen Finanzrechts[2] 1928; AULL Strafverfolgung hessischer Beamten außerhalb Hessens, Hess. Rechtspr. 30 (1930) Sp. 14f.

ANSCHÜTZ Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, VerwArch. 14 (1906) S. 315ff.; FR. STEINBACH Analoge Gesetzesanwendung im Gebiete des Verwaltungsprozeßrechts, BlAdmPr. 57 (1907) S. 313ff.; TRIEPEL Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, Staatsr. Abhandl., Festg. f. LABAND, II 1908 S. 247ff.; SCHULTZENSTEIN Zur Auslegung polizeilicher Verfügungen, PrVerwBl. 44 (1923) S. 236ff. — O. KAHN Der Begriff der „Gesetzesumgehung“ in der Rechtsprechung des VGH., BlAdmPr. 53 (1903) S. 397ff.; STÜBLER Scheingeschäft und Schleichgeschäft zur Umgehung der Umsatzsteuer, WürttZ. 50 (1908) S. 308ff.; LURJE Die Umgehung des Gesetzes und ihr Recht, ArchBürgR. 41 (1915) S. 372ff.; DERSELBE Die Umgehung des Gesetzes im öffentlichen Recht, PrVerwBl. 37 (1916) S. 322ff.; BOETHGE Steuerumgehung und Rechtsprechung, PrVerwBl. 41 (1920) S. 121f.; HENSEL Steuerumgehung, Bonner Festg. f. ZITELMANN 1923 S. 217ff.

TEZNER Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, ArchÖffR. 9 (1894) S. 325ff., 489ff.; STIER-SOMLO Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußische und deutsche Verwaltungsrecht 1900; HILSE Entschädigungspflicht des Fiskus oder der Gemeinde aus gefahrbringenden Mängeln der den Beamten angewiesenen Diensträume, ArchÖffR. 19 (1905) S. 186 ff.; E. JOSEF Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf öffentlichrechtliche Verbindlichkeiten, Gruch. 58 (1914) S. 638ff.; DERSELBE Die Anwendbarkeit von Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Rechtsverhältnisse des öffentlichen, insbesondere des Beamtenrechts, BadVerwZ. 1919 S. 41ff. (dazu HOFACKER ebenda 1920 S. 17f.), ferner BadVerwZ. 1919 S. 77ff., 1921 S. 190ff.; K. FRIEDRICHS Wie weit sind die Vorschriften des BGB. auf Schuldverhältnisse des öffentliche Rechts anwendbar? ArchBürgR. 42 (1916) S. 28ff. (dazu POPITZ im PrVerwBl. 37, 1916, S. 415f.); DERSELBE Der Allgemeine Teil des Rechts 1927 und seine dort S. VII genannten Schriften; LASSALLY Die Anwendbarkeit von Normen des bürgerlichen Rechtes im öffentlichen Rechte, FischersZ. 59 (1926) S. 153ff.; MEIER-BRANECKE Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, ArchÖffR. N. F. 11 (1926) S. 230ff.; hierüber auch EMIG in BayVerwBl. 77 (1929) S. 209ff. u. KÖSTLIN in WüRV. 23 (1930) S. 33ff.; WEIGERT Öffentlichrechtliche Verwahrungsverhältnisse, Gruch. 69 (1927) S. 303ff.

## I. Einleitung.

Unter Rechtsquellen verstehen wir alles, was die Entscheidung der Rechtsfrage beeinflußt. Zu den Rechtsquellen gehören vor allem die Rechtssätze selbst, daneben aber auch alle Erscheinungen, die auf den Inhalt oder auf die Gültigkeit eines Rechtssatzes Einfluß haben. Die Rechtsfrage steht im Gegensatze zur Tatfrage und zur Ermessensfrage und kommt in reiner Form beim Rechtsmittel der Revision vor, da das Revisionsgericht nur angerufen werden kann, wenn die angefochtene Entscheidung „auf der Nichtanwendung oder auf der unrichtigen Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen“ beruht (LVG. § 94[1]). Alles also, was das Revisionsgericht bei seiner Entscheidung in den Kreis seiner Erwägungen ziehen muß, gehört zu den Rechtsquellen, z. B. auch die tatsächlichen Unterlagen eines örtlichen Gewohnheitsrechts, nicht nur das Gewohnheitsrecht selbst[1]. Wie aber schon anderweit dargelegt[2], unterscheiden sich die Rechtssätze von andern staatlichen Äußerungen durch die abstrakte Allgemeinheit der Adressaten; sie gelten für alle, die es angeht, nicht nur für eine bestimmte Einzelperson, auch nicht nur für den Staat und seine Organe. Ein an eine bestimmte Einzelperson gerichteter Befehl ist eine Verfügung, deren Zulässigkeit andern Regeln unterliegt als die Zulässigkeit eines Rechtssatzes und die ebensowenig zur Rechtsfrage gehört wie eine an die Behörden gerichtete Dienstanweisung[3]. Die Grenze zwischen Rechtsfrage und Tatfrage ist mitunter nicht ganz einfach zu

---

[1] So mit Recht PrOVG. 12. Juni 14, Entsch. 67, 221.

[2] Vgl. oben S. 4, ferner Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 139ff.

[3] Vgl. z. B. PrOVG. 29. Okt. 12 u. 24. Apr. 13, Entsch. 63, 441ff. u. 65, 338ff.; RG. V 26. Okt. 18 RGSt. 53 134f.

ziehen, auch sind staatliche Anordnungen denkbar, die für einen Teil der von ihnen Betroffenen Einzelanordnungen sind, für einen andern Teil wie ein Rechtssatz wirken; so kann die Bezeichnung eines einzelnen Werks als Schund-Druckschrift, die nicht im Umherziehen feilgeboten werden darf, vom Verfasser als Einzelanordnung angefochten werden[1], während sie den Hausierern gegenüber Rechtssatz ist. Trotz solcher und ähnlicher Grenzstreitigkeiten ist die Scheidung der Fragen in Rechts-, Tat- und Ermessensfragen innerlich begründet und auch bei der Rechtsquellenlehre zu berücksichtigen.

Da die Rechtsquellen unmittelbar oder mittelbar vom Staate ausgehen und in Deutschland auf dem gleichen Staatsgebiet zwei Staaten, das Reich und das Land, ihre Staatsgewalt betätigen, sei zunächst das Verhältnis von Reichsrecht und Landesrecht untersucht.

## II. Reichsrecht und Landesrecht.

Die Beziehungen zwischen Reichsrecht und Landesrecht sind mit der Bestimmung des Art. 13 RV., daß Reichsrecht Landesrecht breche, noch keineswegs erschöpft. Vor allem ist es unter Umständen zweifelhaft, ob eine Bestimmung zum Reichsrecht oder zum Landesrecht gehört. Da aber gewisse Grundrechte, wie die Freizügigkeit, das Briefgeheimnis, die Versammlungsfreiheit (RV. Art. 111, 117, 123) nur reichsrechtlichen Einschränkungen unterworfen sind, ist eine genaue Abgrenzung geboten.

Die Unterscheidung ist nicht schwer, wenn Reichsrecht und Landesrecht keine Berührungspunkte aufweisen. Die Pferdezuchtgesetze der Länder, ihre Körordnungen, die Vorschriften der Länder über das Pflücken von Alpenveilchen und Edelweiß stellen reines Landesrecht dar, weil sich das Reichsrecht um diese Gegenstände überhaupt nicht kümmert. Auch der schlichte Hinweis in einem Reichsgesetz, daß gewisse landesrechtliche Vorschriften unberührt bleiben sollen, stellt noch keine Verbindung zwischen Reichsrecht und Landesrecht her, es sei denn, daß das Reichsrecht aushilfsweise gelten soll.

Dagegen gibt es auch Beziehungen zwischen Ländern und Reich, die das von Landesorganen gesetzte Recht zum Bestandteil des Reichsrechts machen. Hauptfall ist der das Reichsrecht beeinflussende Hinweis auf landesrechtliche Vorschriften, bestehende oder künftige. Die landesrechtliche Vorschrift steht hier zunächst auf sich selbst, ist auch in ihrer Gültigkeit ganz vom Landesrecht abhängig, überwindet also landesrechtliche Widerstände, trotz des reichsrechtlichen Hinweises, nicht. Ist sie aber einmal gültig erlassen, so legt ihr das Reichsgesetz zu der landesrechtlichen auch noch reichsrechtliche Wirkungen bei. So ist es zunächst Sache der Landesgesetzgebung, bestrafte Personen polizeilichen Aufenthaltsbeschränkungen zu unterwerfen; macht sie aber von dieser Möglichkeit Gebrauch, so verleiht § $3^{II}$ des Freizügigkeitsgesetzes vom 1. November 1867 den landesrechtlichen Bestimmungen noch die reichsrechtliche Wirkung, daß die anderen Länder den Bestraften ausweisen können. Auch solche *landesrechtlichen Vorschriften mit reichsrechtlichen Rechtssatzwirkungen*[2] stellen Reichsrecht dar, gelten vor allem als „Reichsgesetze“ im Sinne der Grundrechte, deren Einschränkung nur durch „Reichsgesetz“ zulässig ist. Dies leuchtet am besten ein, wenn man sich die Verweisungen des Reichsgesetzgebers auf außerrechtliche Gedankeninhalte, wie „gute Sitten“, „Treu und Glauben“, vergegenwärtigt. So gut diese gesellschaftlichen Anschauungen zum Bestandteil des Reichsrechts werden, so gut kann dies auch mit landesrechtlichen Vorschriften geschehen, wenn ein Reichsgesetz sie irgendwie zu den seinigen macht.

---

[1] PrOVG. 8. Nov. 23, PrVerwBl. 45 (1924) S. 308f.

[2] Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 97ff. Vgl. auch KERSTIENS ZSelbstv. 14 (1931) S. 25.

## III. Ursprüngliche Rechtsquellen.

Unter den reichsrechtlichen und landesrechtlichen Rechtsquellen lassen sich zwei Hauptgruppen unterscheiden: ursprüngliche und abgeleitete. Die abgeleiteten Rechtsquellen sind ohne Bedenken zu bezeichnen als solche, die einer ursprünglichen Rechtsquelle ihre Gültigkeit verdanken. Ursprünglich wären dann solche, die einer weiteren Ableitung nicht mehr fähig sind; doch erhebt sich hier alsbald eine Schwierigkeit. Nehmen wir nämlich die ziemlich allgemein als höchste Rechtsquelle anerkannte Verfassung des Reichs oder eines Landes, so bemerken wir, daß es auch noch einen über der Verfassung stehenden Satz gibt, nämlich den, daß man der Verfassung gehorchen soll, noch allgemeiner, daß man der jeweiligen Verfassung gehorchen soll. So scheint es, daß nur dieser oberste Satz aller Rechtsordnungen[1], der auch außergewöhnliche Rechtsbildungen, wie Staatengründungen und Revolutionen, erklärt, ein ursprünglicher Rechtssatz, sogar der ursprüngliche Rechtssatz sei und alle andern Rechtssätze, einschließlich der Verfassungen, abgeleitete. In Wirklichkeit unterscheidet sich jener oberste Satz von allen sonstigen Rechtssätzen so stark, daß wir ihn nicht auf die gleiche Linie mit diesen stellen dürfen. Er ist kein Rechtssatz im gewöhnlichen Wortsinn, sondern ein Erklärungssatz für das geltende Recht. Denn Recht ist nur möglich bei einer Vielheit von Menschen, jener Satz gilt aber, noch ehe sich die Menschen zu einer Vielheit zusammengeschlossen haben, gilt auch für einen Robinson Crusoe. Man mag ihm daher die Bedeutung einer ethischen Norm oder eines religiösen Gebots beilegen, wie, daß jedermann untertan sei der Obrigkeit, die Gewalt über ihn hat, eine Rechtsnorm enthält er nicht. Bei der Unterscheidung zwischen ursprünglichen und abgeleiteten Rechtssätzen muß man daher jenen obersten Satz außer acht lassen und als ursprünglich die Rechtsquellen bezeichnen, die ihr Dasein einer Wirklichkeit, z. B. einem Gesetzgebungsakt des Landtags, verdanken und im Reiche der Wirklichkeit nicht weiter abgeleitet werden können, auch wenn es im Reiche der Gedanken noch Sätze über ihnen gibt.

**1. Das Gesetz.** Die wichtigste ursprüngliche Rechtsquelle ist das verfassungsmäßig zustande gekommene Gesetz. Genau genommen müßte man das Verfassungsgesetz an die Spitze stellen, ja sogar das gewöhnliche Gesetz zu den abgeleiteten, nämlich aus der Verfassung abgeleiteten, Rechtsquellen rechnen. Da aber in Deutschland Verfassungsgesetzgeber und gewöhnlicher Gesetzgeber ein und dasselbe Organ sind, da vor allem auch der gewöhnliche Gesetzgeber grundsätzlich alles anordnen kann, was er will, nur eingeengt durch gewisse Schranken der Verfassung, so darf man den an sich wichtigen, zwischen gewöhnlichem und Verfassungsgesetz bestehenden Unterschied hier vernachlässigen und als ursprüngliche Rechtsquelle das Gesetz schlechthin bezeichnen.

a) Arten der Gesetze. Gesetz ist mithin zunächst die Reichsverfassung vom 11. August 1919. In ihren Bestimmungen über die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen enthält sie vieles für das Verwaltungsrecht Bedeutsame. Gesetz sind die unter der neuen Reichsverfassung ergangenen Reichsgesetze, d. h. in der Regel die vom Reichstag beschlossenen und vom Reichspräsidenten ohne Einspruch des Reichsrats oder nach Überwindung des Einspruchs im Reichsgesetzblatt verkündeten Rechtssätze, z. B. die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919, das Lichtspielgesetz vom 12. Mai 1920, das Wehrgesetz

[1] Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 27f. — Über die Identität dieses „obersten Satzes" von 1913 mit KELSENS „Ursprungsnorm" von 1920 HELLER Die Souveränität 1927 S. 55 Nr. 3; vgl. auch KELSEN selbst in: Problem der Souveränität 1920 S. 97f. Anm. Ich gedenke, mich zu der Frage noch einmal zu äußern, unter kritischer Beleuchtung namentlich auch des von HELLER a. a. O., von FRHR. MARSCHALL V. BIEBERSTEIN, Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze 1927, und von G. A. WALZ im ArchÖffR. 58 (1930) S. 1ff. Vorgebrachten.

vom 23. März 1921, das Luftverkehrsgesetz vom 1. August 1922, das Münzgesetz vom 30. August 1924, das Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14. Januar 1928, das Schußwaffengesetz vom 12. April 1928, das Gaststättengesetz vom 28. April 1930. Gesetz sind auch die älteren Reichsgesetze, sowohl die unter Bismarcks Reichsverfassung als auch die unter der vorläufigen Verfassung vom 10. Februar 1919 zustande gekommenen, so das Postgesetz vom 28. Oktober 1871, das Impfgesetz vom 8. April 1874, das Gesetz über die Presse vom 7. Mai 1874, das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, das Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899, das Gesetz über die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. Juni 1900, das Gesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. Juni 1900, das Reichsbeamtengesetz vom 17. Mai 1907, das Vereinsgesetz vom 19. April 1908, die Maß- und Gewichtsordnung vom 30. Mai 1908, das Viehseuchengesetz vom 26. Juni 1909, das Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910, die Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911, das Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911, das Reichssiedlungsgesetz vom 11. August 1919. Gesetz sind ferner die Gesetze des Norddeutschen Bundes; sie sind Reichsgesetze, da § 2 des Mantelgesetzes zur Reichsverfassung vom 16. April 1871 sie hierzu erklärte. Einige wichtige Verwaltungsgesetze befinden sich darunter, so das Gesetz über das Paßwesen vom 12. Oktober 1867, das Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 und die später vielfach geänderte Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869. Gesetz sind endlich die mit Gesetzeskraft erlassenen Verordnungen des Rates der Volksbeauftragten von Ende 1918 und Anfang 1919, vor allem der erste Aufruf vom 12. November 1918. Der vorstehende Überblick zeigt zugleich, auf welchen Gebieten das Reich von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht hat. Fast immer sind es Einzelgegenstände, die das Reich regelt, ein Reichsverwaltungsgesetz entsprechend dem preußischen Landesverwaltungsgesetz fehlt begreiflicherweise, da unter Bismarcks Verfassung wie unter der heutigen den Ländern grundsätzlich die Verwaltungshoheit belassen ist (RV. Art. 14).

Aus diesem Grunde sind, im Gegensatze zum Privatrecht, wo das BGB. alle partikularen Eigentümlichkeiten der Länder überschattet, die Verwaltungsgesetze der Länder auch heute noch von größter Bedeutung. Gesetze im Sinne von ursprünglichen Rechtsquellen sind die unter der Herrschaft der alten Verfassungen vom Landesherrn mit Zustimmung der Kammern erlassenen Rechtssätze, die Verordnungen der revolutionären Machthaber seit November 1918, die nach Maßgabe der vorläufigen und die nach Maßgabe der endgültigen Verfassungen zustande gekommenen Äußerungen des höchsten Landeswillens. Da vor Einführung der ersten Verfassung die gesamte Staatsgewalt im Landesherrn ruhte, konnte auch er Gesetze erlassen, die den verfassungsmäßigen neueren Gesetzen an rechtlicher Wirkungskraft nicht nachstehen. Aber nicht jeder landesherrliche Erlaß wollte Rechtssatz sein. Beauftragte der König den Minister des Innern und den Kriegsminister, eine Allerhöchste Kabinettsordre nur „den Generalkommandos und Oberpräsidien ... mitzuteilen, damit sie die Militär- und Polizeibehörden in den Garnisonstädten danach instruieren“[1], nicht auch, damit jeder sich danach richte, so war dies nur ein Dienstbefehl und änderte seine Natur auch nach Einführung der Verfassung nicht. Landesherrliche Verordnungen aus der Zeit des absoluten Staates sind vielmehr nur dann Gesetze nach unserem heutigen Sprachgebrauch, wenn sie sich an die Allgemeinheit richten. Eine starke Vermutung dafür, daß sie als „Gesetze“ gedacht waren, bildet ihre Bezeichnung als „Gesetz“, vor allem aber

[1] So die durch den Fall Zabern berühmt gewordene AKabO. v. 17. Okt. 1820, Kamptz' Annalen 1820 S. 810ff.; dazu meine Besprechung von Hubrich Die Entwicklung der Gesetzespublikation in Preußen 1918, in ZHandelsR. 87 (1924) S. 205ff. Aus neuerer Zeit DanzObG. 12. Juni 1929, DanzJMschr. 8 (1929) S. 83ff.

ihre Veröffentlichung in der amtlichen Gesetzsammlung. Wenn daher Art. 109 der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850 die „bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen" aufrechterhält, so ist jedenfalls das Allgemeine Landrecht von 1794 ein solches „Gesetzbuch" und z. B. das in der Gesetzsammlung veröffentlichte Gesetz über den Waffengebrauch des Militärs vom 20. März 1837 ein „Gesetz" im Sinne des Artikels. Eine Verordnung des Königs von Dänemark vom 10. Januar 1781, also aus der Zeit des absoluten Staates, ordnet die Ablieferung von Pflichtexemplaren durch die schleswig-holsteinischen Buchdrucker an. Hier wäre der Einwand lächerlich, einer alten Verordnung brauche nicht Folge geleistet zu werden, da sie nur Verordnung und nicht Gesetz sei. Vielmehr war in jenen Zeiten der König oberster Gesetzgeber und konnte genau so gut Gesetze erlassen wie heute der Landtag.

b) Eigenschaften des Gesetzes. Man unterscheidet beim Gesetze die ihm eigentümliche Kraft und seine Erforderlichkeit. Die Kraft des Gesetzes nennt man Vorrang, seine Erforderlichkeit auch den Vorbehalt des Gesetzes[1].

*α*) Die *Gesetzeskraft* oder der Vorrang des Gesetzes äußert sich in der Überlegenheit des Gesetzes den abgeleiteten Rechtsquellen gegenüber. Ein Reichsgesetz ist stärker als eine Reichsverordnung, ein Landesgesetz stärker als eine Landesverordnung oder als das Ortsstatut einer Stadtgemeinde. Das Reichsgesetz hat außerdem noch den Vorrang vor dem gesamten Landesrecht, doch hat dies in diesem Zusammenhange keine Bedeutung. Ein Gesetz kann also jede Verordnung des gleichen Staates aufheben, eine Verordnung oder ein Ortsstatut[2] ist ungültig, wenn sie sich mit einem Gesetze in Widerspruch setzen. Bestimmt also z. B. ein Gesetz ausdrücklich, daß nur die Verleger zur Abgabe von Freiexemplaren verpflichtet seien, und verlangt eine Verordnung die Ablieferung auch vom Buchdrucker, so braucht die Verordnung nicht befolgt zu werden. In der Gesetzeskraft liegt vor allem, daß ein Gesetz förmlich nur wieder durch ein Gesetz aufgehoben werden kann.

Diese Überlegenheit des Gesetzes wird allerdings ausnahmsweise in Frage gestellt durch die Einrichtung der Verordnungen mit Gesetzeskraft, der Ausnahmeverordnungen nach RV. Art. 48 und der landesrechtlichen Notverordnungen (z. B. pr. Verf. Art. 55) insbesondere. Der Verfassungsgesetzgeber, unter hier nicht näher zu untersuchenden Umständen auch der gewöhnliche Gesetzgeber, kann nämlich die Regierung ermächtigen, durch Verordnung irgendeinen Gegenstand zu regeln und dabei ältere Gesetze aufzuheben oder zu durchbrechen. So hat während des Krieges der Bundesrat auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 4. August 1914 die ganze Kriegswirtschaft geregelt und bei dieser Gelegenheit z. B. das Kriegsleistungsgesetz geändert (Bek. v. 4. Juli 1918), der Reichspräsident erließ am 7. Dezember 1923 eine Steuernotverordnung, die Reichsregierung auf Grund besonderer Ermächtigung am 19. eine zweite und am 14. Februar 1924 eine dritte. Das ganze Unterstützungswohnsitzgesetz wurde mit geringen Ausnahmen durch die Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924 aufgehoben, die Personalabbauverordnung des Reichs vom 27. Oktober 1923 war sogar eine Verordnung mit verfassungsdurchbrechenden Bestimmungen, die preußische Personalabbauverordnung vom 8. Februar 1924 erging als Notverordnung preußischen Rechts, und nach langer Pause erließ der Reichspräsident die beiden großen Ausnahmeverordnungen vom 26. Juli und 1. Dezember 1930 mit ihren zahlreichen gesetzesvertretenden Bestimmungen.

---

[1] Die Ausdrücke „Vorrang des Gesetzes" und „Vorbehalt des Gesetzes" sind Prägungen OTTO MAYERS: I S. 68, 70.

[2] ThürOVG. 14. Febr. 17, Jahrb. 5, 26ff.

Wo landesherrliche Verordnungen nach Einführung der Verfassung der Prüfung auf Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit entzogen waren, wie in Preußen kraft Art. 106$^{\text{II}}$ der Verfassung von 1850, haben auch diese Verordnungen die Kraft von Gesetzen; denn sie mußten von Gerichten und Verwaltungsbehörden wie Gesetze behandelt werden, wirkten also während der ganzen Zeit ihres Bestehens wie diese. In Wahrheit verlieh also die Verfassung dem König nach außen hin die Macht, dem Gesetze ebenbürtige Verordnungen zu erlassen, obschon sie es im Innenverhältnis ihm nicht gestattete. Daher sind die königlichen Verordnungen aus der Zeit nach Einführung der Verfassung auch heute noch gültig wie Gesetze[1]. Denn Art. 81$^{\text{II}}$ der neuen preußischen Verfassung vom 30. November 1920 hält die „bestehenden“ Gesetze und Verordnungen aufrecht; die alten königlichen Verordnungen hatten aber kraft Unüberprüfbarkeit unbedingten Bestand. Nur dadurch unterscheiden sie sich von Gesetzen, daß zu ihrer Aufhebung eine Verordnung des Staatsministeriums genügt.

β) Die *Erforderlichkeit des Gesetzes* oder der Vorbehalt des Gesetzes steht in engstem Zusammenhange mit dem uns bereits bekannten[2] Grundsatze von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Zu einem Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen, in Freiheit und Eigentum, wie sich einige ältere Verfassungen ausdrückten[3], bedarf es einer Ermächtigung in Gesetzesform. Der Grundsatz steht auch heute nur vereinzelt in den Landesverfassungen[4]; die Reichsverfassung erwähnt ihn nicht, namentlich enthält ihn Art. 114 nicht[5], denn er handelt nur vom Schutze gegen körperliche Freiheitsberaubung. Trotzdem müssen wir den Grundsatz anerkennen, wenn wir nicht zurück hinter MONTESQUIEU und das Allgemeine Landrecht wollen, die ihn auch schon aussprachen[6]. Das Gesetz ist aber nur dann erforderlich, wenn die zwischen Staat und einzelnem aufgerichtete Rechtsschranke nicht schon anderweit beseitigt wurde. Dies ist bei den besonderen Gewaltverhältnissen, in die sich der einzelne begeben kann, innerhalb deren Grenzen der Fall[7]. So kann der Minister einem ihm unterstellten Beamten aus dienstlichen Gründen das Auftreten als Musiker verbieten. Der Schüler, der Student, der Benutzer einer öffentlichen Bücherei unterliegen der Anstaltsgewalt mit ihren Anordnungen, Verboten und Strafen, auch wenn kein Gesetz solche Eingriffsbefugnisse vorsieht. Denn durch Eintritt in den Machtbereich der Anstalt unterwerfen sie sich deren Regelungen. Bei den Zwangsanstalten, z. B. den Gefängnissen[8], liegt in der gesetzlichen Ermächtigung zur Verbringung des einzelnen in sie zugleich dessen Unterstellung unter die Anstaltsgewalt. Auch bei den freien Anstalten ist allerdings die Ausübung der Anstaltsgewalt über die sich freiwillig in ihren Bereich Begebenden nur kraft eines Rechtssatzes denkbar, der den Äußerungen der Anstaltsgewalt Rechtswirkungen beilegt, doch versteht sich dieser ungeschriebene Rechtssatz von selbst, während dies bei Eingriffen ohne besonderes Gewaltverhältnis nicht der Fall ist.

Das freiwillige besondere Gewaltverhältnis führt zu der Frage, ob ganz allgemein die Einwilligung des Betroffenen die Erforderlichkeit des Gesetzes

---

[1] Vgl. LG. Landsberg 22. Febr. 24, JW. 1924 S. 861f.

[2] Vgl. oben S. 88f.

[3] Z. B. bay. Verf. v. 26. Mai 1818 Tit. VII § 2, bad. Verf. v. 22. Aug. 1818 § 65.

[4] Bad. Verf. v. 21. März 1919 § 29$^{\text{II}}$, hess. Verf. v. 12. Dez. 1919 Art. 7.

[5] Andr. Ans. ANSCHÜTZ Verf. d. D. R. [10] 1929 S. 479. Wie im Text KÖTTGEN bei NIPPERDEY I S. 348f.

[6] Über die Rechtslage in Württemberg vgl. BÜHLER WürttZ. 64 (1922) S. 159; GEIER WürttZ. 66 (1924) S. 177ff., 209ff.; PLAPPERT Prinzip der Gesetzmäßigkeit 1929 (dazu BÜHLER im ArchÖffR. 57, 1930, S. 284ff.).

[7] Vgl. OTTO MAYER I S. 101ff.; THOMA Polizeibefehl I 1906 S. 17ff.; FLEINER S. 165ff.; NAWIASKY Forderungs- und Gewaltverhältnis, Festschr. f. ZITELMANN 1913; ERWIN JACOBI HbdDStR. II S. 255ff.

[8] Vgl. L. JACOBI Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStW. 50 (1929) S. 376ff.

ausschalten kann[1]. Gilt auch im Verwaltungsrecht der Grundsatz „volenti non fit iniuria"? Nach geltendem Baurecht z. B. darf, wie angenommen werden soll, ein Grundstück nur zu zwei Dritteilen bebaut werden. A will sein Grundstück ganz bebauen und erhält die Baugenehmigung, da sich Nachbar B der Polizeibehörde gegenüber verpflichtet, sein Grundstück, das halb so groß ist wie das des A, unbebaut zu lassen, beide Grundstücke als Einheit betrachtet also den Bauvorschriften genügen, auch wenn A sein ganzes Grundstück bebaut. Oder das Gesetz schreibt die Anstellung eines Beamten auf Lebenszeit vor. Kann ein bestimmter Beamter sich damit einverstanden erklären, daß sein Dienstverhältnis jederzeit zum Quartalsersten gekündigt werden kann? Oder kann eine gesetzlich festgelegte Gebühr mit Einwilligung des Betroffenen erhöht werden? Die — von der Rechtsprechung meist verneinte — Frage läßt sich nicht allgemein beantworten, sondern nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung des vom Gesetze verfolgten Zweckes. Gewisse Schranken sind als zum Schutze des einzelnen unbedingt aufgerichtet zu verstehen, jeder Versuch des Staates, seine überragende Stellung zu mißbrauchen, um vom einzelnen Zugeständnisse zu erpressen, wäre unstatthaft. Dies wäre im zweiten Beispiel mit der Kündigungsklausel der Fall, auch die Gebührenerhöhung im dritten Beispiel verletzt den vom Gesetze gewollten Grundsatz der Gleichmäßigkeit; bei einer freiwilligen Steuererhöhung würde dies vielleicht noch deutlicher sein. Gegen die freiwillige Baubeschränkung dagegen lassen sich keine durchschlagenden Gründe anführen; Nachbar B könnte ja auch A gegenüber eine Dienstbarkeit übernehmen, die ihm das Bauen verbietet; also kann er sich auch der Baupolizeibehörde gegenüber einem Bauverbot unterwerfen, selbst wenn ein Gesetz, anders als z. B. § 2 des sächs. Allg. Baugesetzes vom 1. Juli 1900, ihm dies nicht ausdrücklich gestattet. Niemand kann gezwungen werden, sein Grundstück ohne Enteignung oder enteignungsähnliches Verfahren für eine öffentliche Straße herzugeben, und doch ist es anerkannten Rechts, daß ein Privatgrundstück mit Einwilligung des Eigentümers dem öffentlichen Verkehr gewidmet werden kann; denn da der Eigentümer durch Auflassung über das Grundstück verfügen kann, steht es ihm auch frei, weniger zu tun, nämlich den öffentlichen Weg zu dulden, ohne das Eigentum aufzugeben.

**2. Das ursprüngliche Gewohnheitsrecht.** Ob es ein Gewohnheitsrecht in der Verwaltung gibt, ist eine umstrittene Frage, seit Otto Mayer die Zulässigkeit gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung, abgesehen von den Observanzen innerhalb örtlicher Gemeinschaften, verneint hat[2]. Durch die Einordnung des Gewohnheitsrechts unter die ursprünglichen Rechtsquellen haben wir zu der Streitfrage bereits Stellung genommen. So wenig es dem Gesetzgeber gelingen wird, die Bildung von Gewohnheitsrecht durch ein Verbot zu verhindern, denn gerade das Verbot selbst kann gewohnheitsrechtlich außer Kraft gesetzt werden[3], so wenig vermag es ein

---

[1] Zum folgenden vgl. Otto Mayer I S. 98, II S. 235 (Verwaltungsakt auf Unterwerfung); Fleiner S. 168ff.; Schoenborn Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht 1908; K. Perels Darf die Verwaltungsbehörde die Erteilung einer in ihr freies Ermessen gelegten Genehmigung von der Zahlung einer gesetzlich nicht vorgesehenen „Gebühr" abhängig machen? ArchÖffR. N. F. 6 (1924) S. 93ff.; Ruck Basl. Festg. f. Speiser 1926 S. 35f.; Schult und Rubensohn MecklZ. 44 (1928) Sp. 389ff., 521ff.; Mitzlaff „Der Reichsstädtebund" 22 (1929) S. 189ff.; Thoma HdbDStR. II S. 230f. — Aus der Gesetzgebung thür. LVO. § 143, aus der Rechtsprechung PrOVG. 18. Juni 08, Entsch. 52, 374ff.; PrOVG. 10. Febr. 21, Entsch. 76, 436f.; OldOVG. 9. Jan. 08 u. 5. Nov. 14, OldZ. 35 (1909) S. 13ff. u. 42 (1915) S. 75ff.; RG. III 16. Dez. 02, RGZ. 53, 186ff. (mit privatrechtlicher Lösung).

[2] Otto Mayer I S. 87ff. Ganz in seinem Sinne SächsOVG. 7. Nov. 12, Jahrb. 19, 313ff. Gegen ihn vor allem Schoen Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht, VerwArch. 28 (1921) S. 1ff. Vgl. auch Höft Das Gewohnheitsrecht in der Verwaltung, Kieler Diss. 1922; E. Josef im PrVBl. 44 (1923) S. 415f.; Hartmann in HansRZ. 1923 Sp. 321ff.; Meinzolt in BayVerwBl. 76 (1928) S. 225ff.; Nawiasky Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 156ff.; M. Rümelin Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts 1929; HansOLG. 29. März 22, HansRZ. 1922 Sp. 578ff.

[3] Gegen diesen Satz mit unzureichender Begründung M. Rümelin, a. a. O. S. 28.

Machtspruch der Wissenschaft. Die katholische Kirche hat diese Unwiderstehlichkeit des Gewohnheitsrechtes kluger Weise dadurch anerkannt, daß sie selbst bei gesetzlichem Verbot gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung die Bildung von Gewohnheitsrecht zuläßt, allerdings unter erschwerenden Bedingungen[1]. Auf die verschiedenen Theorien des Gewohnheitsrechts sei hier nicht eingegangen, nennen wir es kurz das durch lange Übung entstandene Recht. Daß es überhaupt möglich ist, ist nicht wunderbarer als die Möglichkeit eines rechtsverbindlichen Gesetzes. Auch dieses versteht sich nicht von selbst, wenn wir uns auch nicht mehr viele Gedanken über den Grund seiner Verbindlichkeit zu machen pflegen. Beides: Gehorsam gegen den Befehl des Gesetzgebers und Scheu vor dem Bruch mit dem gewohnheitsmäßig Überlieferten gehört zu den nun einmal vorhandenen menschlichen Eigentümlichkeiten. Seinen tiefsten Rechtfertigungsgrund aber nimmt das Gewohnheitsrecht aus der Idee der Beständigkeit des Rechtes, der Idee der Rechtssicherheit. Angenommen, das Freizügigkeitsgesetz vom 1. November 1867 verbiete die Erhebung von Kurtaxen, da neu Anziehende zu einer Sonderabgabe überhaupt nicht, zu den gewöhnlichen Gemeindeabgaben erst nach drei Monaten herangezogen werden dürfen. Tatsächlich werden aber Kurtaxen unbeanstandet seit über sechzig Jahren erhoben, auch der Landesgesetzgeber steht auf dem Standpunkt, daß sie zulässig sind[2]. Wenn heute in einem Einzelfalle ein Verwaltungsgericht die Kurtaxe für reichsgesetzwidrig erklären wollte, so würde die Entscheidung das Rechtsgefühl auf eine harte Probe stellen, auch würde der sie fällende Richter nicht hoffen dürfen, daß ein anderer Richter, etwa das nach RV. Art. $13^{II}$ angerufene Reichsgericht, zum gleichen Ergebnis kommen werde wie er. Oder man denke an die ständige Rechtsprechung des preußischen OVG. und des KG. über die Grenzen der Polizeigewalt nach § 10 II 17 ALR. Neuere Untersuchungen ROSINS machen es wahrscheinlich, daß der Polizeibegriff des ALR. im Jahre 1808 für Polizeiverordnungen aufgegeben und durch einen weitergehenden, die Wohlfahrtspflege mit umfassenden, ersetzt wurde[3]. Trotzdem ist es ein vergebliches Bemühen, gegen den Strom der Rechtsprechung des OVG. und des KG. zu schwimmen. Denn selbst wenn die beiden Gerichte das Gesetz mißverstanden haben sollten, so ist es ihnen doch verwehrt, von der allgemein anerkannten und als zweckmäßig empfundenen Praxis abzuweichen, die Rechtssicherheit würde dadurch auf das schwerste gefährdet werden[4]. Läßt man aber eine Abweichung von der ständigen Rechtsprechung nicht mehr zu, so heißt dies nichts anderes denn Anerkennung des Inhalts der Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht.

Wie lange eine Übung vorhanden gewesen sein muß, um Gewohnheitsrecht zu werden, läßt sich zahlenmäßig nicht sagen. Gewohnheitsrecht liegt eben dann vor, wenn der Richter überzeugt sein muß, daß mit Anerkennung des gewohnheitsmäßig Geübten der Idee der Einhelligkeit der Rechtsfindung besser gedient ist als mit der Ablehnung. Für gewisse Rechtsverhältnisse wird man dabei die Bildung von Gewohnheitsrecht leichter anerkennen als für andere. Am wenigsten Schwierigkeiten bereiten die Rechtsverhältnisse Gleichgeordneter, etwa der Fürsorgeverbände untereinander; wenn sich hier unter der Herrschaft des Unterstützungswohnsitzgesetzes der Satz herausgebildet hatte, daß die sog. „Abschiebung" eines Armen durch den vorläufig unterstützungspflichtigen Armenverband einen im Gesetze nicht vorgesehenen Erstattungsanspruch des benachteiligten Armenverbandes erzeuge[5], so hatte diese Rechtsprechung, selbst wenn sie Neues schuf, doch schon nach wenigen Entscheidungen die Kraft von Gewohnheitsrecht.

---

[1] Codex iuris canonici can. 27 § 1. [2] Z. B. KAbgG. § 12.

[3] ROSIN Begriff der Polizei 1895 S. 72ff.

[4] Einen gewohnheitsrechtlich eingeengten Polizeibegriff erkennt ausdrücklich für Oldenburg an das OldOVG. 21. Mai 08, OldZ. 36 (1909) S. 36ff.

[5] Vgl. WOHLERS-KRECH-BAATH RGes. ü. d. Unterstützungswohnsitz[15] 1924 S. 133ff.

Auch das Gewohnheitsrecht zugunsten des einzelnen im Verhältnis zum übergeordneten Staate bürgert sich in Deutschland rasch ein, da „man" hier meist Partei für den einzelnen ergreift, außerdem der Staat in der Lage ist, durch Gesetz das ihm nicht passende Gewohnheitsrecht zu beseitigen. Am schwierigsten setzt sich das Gewohnheitsrecht zuungunsten des einzelnen durch. Die Übung der verwaltenden Behörden allein reicht für die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht aus, auch die Allgemeinheit muß vielmehr irgendwie mitgewirkt haben, entweder so, daß sie die Übung bewußt duldete, wie bei der Erhebung von Kurtaxen, oder daß sich die Verwaltungsgerichte in ständiger Rechtsprechung auf die Seite der Verwaltung stellen und der einzelne den Kampf gegen die Verwaltung als aussichtslos aufgibt, oder daß der einzelne im wohlverstandenen eigenen Interesse und in der Überzeugung, gleich andern dazu verpflichtet zu sein, Pflichten für das Gemeinwesen übernimmt, z. B. die Reinigung des Bürgersteigs. Rechtssprichwörter, wie: „jeder kehre vor seiner Tür" in des Satzes ursprünglicher Bedeutung[1], können in Fällen dieser Art als Beleg für das Vorhandensein eines solchen Bewußtseins und damit eines örtlichen Gewohnheitsrechts, einer „Observanz", herangezogen werden[2].

**3. Tatsachen mit ursprünglicher Rechtssatzwirkung**[3]. Als nach dem Umsturz von 1918 die Frage nach der Gültigkeit der Anordnungen des Rates der Volksbeauftragten und der von ihm einberufenen Nationalversammlung entstand, sahen sich viele ratlos einem neuen Problem gegenüber. Denn durch Gesetz war der alte Zustand nicht in den neuen übergeleitet worden, von Gewohnheitsrecht konnte man bei der Kürze der seit der Revolution verstrichenen Zeit auch nicht sprechen, sollte man also die Akte der Revolutionsregierung als gültig anerkennen, so mußte die Tatsache der Revolution selbst Rechtsquelle sein. Sie ist es auch, und viel Hin- und Herreden wäre erspart geblieben, hätte man ihr schon früher in den Lehrbüchern einen Platz im System der Rechtsquellen angewiesen. Genau nämlich wie das Ideal der Einhelligkeit der Rechtsfindung verlangt, daß neben den Gesetzen auch das Gewohnheitsrecht der Rechtsprechung zugrunde zu legen ist, genau so kann auch die einmalige Wirklichkeit[4] einen solch zwingenden Eindruck auf den Rechtsprechenden machen, daß er sich ihr nicht entziehen kann, ohne eine von der überwiegenden Mehrheit als Fehlspruch empfundene Entscheidung zu fällen. Mit Recht prüft daher das Revisionsgericht trotz seiner Beschränkung auf die Rechtsfrage die Tatsache nach, ob beim Kapp-Putsch die Staatsgewalt auf die putschistische Regierung übergegangen war[5], weil diese Tatsache keine gewöhnliche Tatsache darstellt, sondern eine solche mit Rechtssatzwirkungen.

Eine Tatsache mit ursprünglicher Rechtssatzwirkung ist unter Umständen auch die noch nicht zum Gewohnheitsrecht verdichtete irrige Handhabung eines Gesetzes, sofern sie die Wirkung hat, das Inkrafttreten des richtig verstandenen Gesetzes tatsächlich zu verhindern. So hatte man in Baden lange Jahre hindurch die Bestimmung der Gewerbeordnung über die Erlaubnispflichtigkeit von Schankwirtschaften dahin verstanden, daß Kaffeewirtschaften nicht darunter fielen. Auf die Dauer konnte sich aber Baden nicht in Widerspruch mit dem übrigen Deutschland setzen und änderte seine Praxis. Dies hatte zur Folge, daß das richtig verstandene Gesetz erst jetzt in Kraft trat, und die weitere, daß die unter der Herrschaft der milderen Handhabung errichteten Kaffeewirtschaften als solche anzusehen

[1] PrOVG. 30. Okt. 86, Entsch. 14, 400.

[2] Über die Natur der Sache als unentwickeltes Gewohnheitsrecht unten S. 155, durch welchen Hinweis sich wohl das Bedenken GERBERS S. 9 N. 14 erledigt.

[3] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 20ff.

[4] Vgl. auch BILFINGER im ArchÖffR. N. F. 11 (1926) S. 176.

[5] RG. VI 14. Nov. 21, RGZ. 103, 187ff.

waren, die beim Inkrafttreten des Gesetzes schon bestanden und daher nach den üblichen Übergangsbestimmungen einer Erlaubnis nicht bedurften[1]. Der gleiche Gedanke liegt § 212$^{II}$ AO. zugrunde, wonach eine Berichtigungsveranlagung nicht auf eine nach Entstehung des Steueranspruchs erlassene Entscheidung des Reichsfinanzhofs gegründet werden darf, in der eine Rechtsfrage im Gegensatze zu einer früheren, einen gleichen Sachverhalt betreffenden höchstrichterlichen Entscheidung entschieden wird.

## IV. Abgeleitete Rechtsquellen.

Auch bei den abgeleiteten Rechtsquellen erweist sich die übliche Zweizahl — Verordnung und autonome Satzung — als zu eng. Um den ganzen Reichtum der das Recht weiterbildenden Kräfte kennen zu lernen, muß man auch hier die klassische Rechtsquellenlehre erweitern.

**1. Rechtsverordnungen.** Im Staatsrecht unterscheidet man mit Recht Verwaltungsverordnungen und Rechtsverordnungen, Verwaltungsverordnungen als Anordnungen innerhalb der Verwaltung selbst ohne Rechtssatzeigenschaft, vor allem Dienstvorschriften für die Behörden, daneben Anstaltsordnungen für alle, die sich in den Herrschaftsbereich der Anstalt begeben haben, und Rechtsverordnungen als Anordnungen für die Allgemeinheit. Verwaltungsverordnungen bedürfen keiner besonderen gesetzlichen Grundlage, soweit sich nicht, wie bei den Verwaltungsverordnungen des Reichs, ein zweites Rechtssubjekt, das Land, einschiebt. So ist die Strafregisterverordnung vom 8. März 1926 eine Verwaltungsverordnung, so sind es die Vorschriften über die Pflicht der Beamten zur Erlernung der Einheitskurzschrift, über das Beflaggen der staatlichen Dienstgebäude, über die Durchsicht der Korrekturabzüge des Staatshandbuchs, so die Rauchverbote für Schulräume, so die Ordnungen für bestimmte Hafenanlagen. Auf die Verletzung einer Verwaltungsverordnung kann man das Rechtsmittel der Revision nicht stützen. Dagegen sind die Rechtsverordnungen Rechtssätze, genauer gesetzte Rechtssätze, die von einer staatlichen Stelle ausgehen, ohne Gesetz zu sein. Von einer staatlichen Stelle müssen sie ausgehen; dadurch unterscheiden sie sich von den autonomen Satzungen. Sie dürfen aber nicht vom Gesetzgeber erlassen sein; denn im Gegensatze zum absoluten Staat, wo man landesherrliche Gesetze und Verordnungen nicht auseinanderhielt, ist heute die Verordnung immer ein unter dem Gesetze stehender Rechtssatz.

Nach dem Grundsatze von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedarf die Rechtsverordnung einer gesetzlichen Grundlage[2]. Man findet sie vielfach in den Verfassungen, aber auch in gewöhnlichen Gesetzen.

Die höchste Art von Verordnungen, die gesetzvertretenden, sind uns bereits begegnet[3]. Eine andere Art von ihnen sind die Ausführungsverordnungen, vielfach ein Gemenge von Rechts- und Verwaltungsvorschriften und gekennzeichnet durch ihre Abhängigkeit vom Gesetze, zu dem sie erlassen sind. Sie treten mit dem Gesetze ohne weiteres außer Kraft, ohne daß es für sie einer besonderen Aufhebung bedarf. In Preußen ist das Staatsministerium allgemein zum Erlasse

---

[1] BadVGH. 5. Apr. 05, BadVerwZ. 1906 S. 2ff. Daher sind auch die vor der Entscheidung des RStGH. v. 9. Dez. 29, RGZ. 127, 25*ff., liegenden Verleihungen persönlicher Titel rechtsbeständig, ebenso die vor der Entscheidung des BayStGH. v. 12. Febr. 30, GVBl. S. 77, vorgenommene Wahl zum bayerischen Landtag: zur ersten Frage DYROFF Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 92ff., zur zweiten Beilage 1143 v. 16. Juli 30 der bayer. Landtagsverhandlungen der III. Tagung; BayVGH. 26. Jan. 31, BayVerwBl. 79 (1931) S. 61f.; BayStGH. 26. Febr. 31 mit Bespr. v. VON JAN, BayVerwBl. 79 (1931) S. 113ff., 121ff.

[2] So ausdrücklich § 61$^{7}$ bay. Verfassung v. 14. Aug. 1919.

[3] Vgl. S. 121.

von Ausführungsverordnungen[1] ermächtigt (Verf. Art. 51), im Reiche fehlt eine solche allgemeine Zuständigkeit. Die dritte Art von Verordnungen, die sog. besonders ermächtigten Verordnungen, teilen mit den Ausführungsverordnungen die Unterordnung unter das Gesetz, sind aber selbständiger als sie, da ihnen das Anlehnungsbedürfnis mangelt. Eine versteckte Ermächtigung zu Verordnungen dieser Art enthält die preußische Verfassung im Art. 82[I], wo sie die Befugnisse des früheren Königs, soweit sie ihm nach Gesetzen, Verordnungen und Verträgen zustanden, auf das Staatsministerium überträgt. Die im § 46 der bayerischen Verfassung noch ausdrücklich erwähnten Organisationsverordnungen sind Verwaltungsverordnungen, soweit sie nur den inneren Geschäftsbetrieb regeln, und Rechtsverordnungen, soweit sie die Rechtssphäre des Bürgers berühren. Im Reiche faßt man sie von jeher als Ausfluß des Beamtenernennungsrechtes auf, überließ ihren Erlaß früher dem Kaiser und überläßt ihn heute dem Reichspräsidenten[2].

Mit Ausnahme der gesetzvertretenden Verordnungen sind alle Verordnungen dem Gesetze gegenüber unterwertig; auch die Verordnungen untereinander haben einen verschiedenen Rang. Der Satz des § 15 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850, daß „in die polizeilichen Vorschriften keine Bestimmungen aufgenommen werden" dürfen, „welche mit den Gesetzen oder den Verordnungen einer höheren Instanz im Widerspruche stehen", gilt für alle Verordnungen außer den gesetzvertretenden.

Von den besonders ermächtigten Verordnungen sind für das Verwaltungsrecht am bedeutsamsten die Polizeiverordnungen, d. h. die Verordnungen, die typischerweise zum Gegenstande ihrer Regelung die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit und die Abwehr der dem einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren haben. Die genauere Abgrenzung der Schranken der Polizeigewalt bleibt dem Abschnitt über die Polizei (§ 20) vorbehalten, da es nicht zweckmäßig ist, das Recht der Polizeiverfügungen von dem der Polizeiverordnungen zu trennen. An dieser Stelle seien nur die Unterschiede innerhalb der Polizeiverordnungen, die Zuständigkeiten zu ihrem Erlasse und die Formen, in denen sie ergehen, behandelt.

Das Recht der Polizeiverordnung ist landesrechtlich geregelt[3] und daher nicht einheitlich innerhalb Deutschlands. Namentlich kann man den preußischen Typ und den süddeutschen unterscheiden. Der süddeutsche Typ ist rechtsstaatlicher als der preußische gedacht. Einmal wird in Süddeutschland mit dem Satze „nulla poena sine lege" die Vorstellung verbunden, daß die Strafandrohung durch das Gesetz selbst ausgesprochen sein muß, nicht durch Verordnung, sodann bezieht sich die Ermächtigung zum Erlasse von Polizeiverordnungen in Süddeutschland, wie früher gezeigt, auf eng umgrenzte Gebiete, die in den Polizeistrafgesetzbüchern einzeln aufgeführt sind, während in Preußen die Ermächtigung allgemein lautet und auch die Befugnis zur Androhung von Strafen enthält.

Das preußische Polizeiverordnungsrecht ist hauptsächlich geregelt[4] im Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850, der Verordnung über die Polizeiverwaltung in den neu erworbenen Landesteilen vom 20. September 1867, dem lauenburgischen Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 7. Januar 1870 (die beiden letzten fast gleichlautend mit dem Hauptgesetz von 1850), den §§ 136ff.

---

[1] Und zwar auch zu Ausführungsrechtsverordnungen, sonst hätte die ausdrückliche Ermächtigung kaum einen Sinn. Andr. Ans. z. B. Gerber S. 3, Erwin Jacobi HdbDStR. II S. 249 N. 45.

[2] Hierüber L. Richter Organisationsgewalt 1926.

[3] Selbst die strompolizeilichen Befugnisse des Reichs sind abhängig vom Landesrecht; vgl. z. B. den Eingang der Strom- und Schiffahrts-Polizeiverordnung f. d. westdeutschen Kanäle v. 29. Dez. 22 (RGBl. 1923 II S. 2).

[4] Über den Rechtszustand vom 1. Oktober 1931 an vgl. S. 130 N. 1.

des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883, den Kreisordnungen[1] und den Städteordnungen[2].

Die Gesetze unterscheiden ortspolizeiliche, kreispolizeiliche, bezirkspolizeiliche und provinzialpolizeiliche Vorschriften und Verordnungen des zuständigen Ministers. Am ausführlichsten umschreibt das Gesetz die möglichen Gegenstände der ortspolizeilichen Vorschriften; die Ermächtigungen zu höheren Verordnungen nehmen meist hierauf Bezug. § 6 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung sei daher wörtlich angeführt:

Zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften gehören:

a) der Schutz der Personen und des Eigentums;

b) Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen, Brücken, Ufern und Gewässern;

c) der Marktverkehr und das öffentliche Feilhalten von Nahrungsmitteln;

d) Ordnung und Gesetzlichkeit bei dem öffentlichen Zusammensein einer größeren Anzahl von Personen;

e) das öffentliche Interesse in Bezug auf die Aufnahme und Beherbergung von Fremden; die Wein-, Bier- und Kaffeewirtschaften und sonstige Einrichtungen zur Verabreichung von Speisen und Getränken;

f) Sorge für Leben und Gesundheit;

g) Fürsorge gegen Feuersgefahr bei Bau-Ausführungen sowie gegen gemeinschädliche und gemeingefährliche Handlungen, Unternehmungen und Ereignisse überhaupt;

h) Schutz der Felder, Wiesen, Weiden, Wälder, Baumpflanzungen, Weinberge usw.;

i) alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß.

Am wichtigsten ist § 6i; die Bestimmung zeigt, daß die Buchstaben a—h nur Beispiele geben wollen und die Polizeigewalt nicht beschränken.

Die ortspolizeilichen Vorschriften werden von der Ortspolizeibehörde erlassen, also in den Städten vom Oberbürgermeister (Bürgermeister), in Hannover und Neuvorpommern vom Magistrat, in Städten mit staatlicher Polizeiverwaltung vom Polizeipräsidenten, Polizeidirektor oder Polizeiamt, auf dem Lande vom Amtsvorsteher, in Hannover und Helgoland vom Landrat, in Hessen-Nassau vom Bürgermeister, in Westfalen und in der Rheinprovinz vom Bürgermeister des Amtes. Doch ist die Ortspolizeibehörde an gewisse Mitwirkungen gebunden. Mindestens bedarf es der Beratung mit dem Gemeindevorstand, soweit nicht Ortspolizeibehörde und Gemeindevorstand das gleiche ist. Sie genügt bei sicherheitspolizeilichen Vorschriften, d. h. Vorschriften zur Sicherung gegen rechtswidrige Angriffe, auch in den Städten; sonst bedarf es in den Städten der Zustimmung des Gemeindevorstands, also meist des Magistrats. Dagegen ist der Amtsvorsteher bei Verordnungen für mehr als einen Gemeindebezirk immer, also auch bei sicherheitspolizeilichen Vorschriften, an die Zustimmung des Amtsausschusses gebunden; ob auch bei Verordnungen für einen einzigen Gemeindebezirk, ist zweifelhaft, aber wohl zu verneinen, wie auch zweifelhaft ist, ob bei eingemeindigen Amtsbezirken die Gemeindeversammlung oder -vertretung an die Stelle des Amtsausschusses tritt[3]. Zu Verordnungen über Gegenstände der landwirtschaftlichen Polizei ist überall die Zustimmung der Gemeindevertretung erforderlich. In dringenden Fällen kann die städtische Ortspolizeibehörde eine Verordnung ohne Zustimmung des Gemeindevorstands erlassen, muß sie aber außer Kraft setzen, wenn die Zustimmung nicht binnen vier Wochen nach Verkündung der Verordnung erteilt wird. Aber auch sonst sind die Zustimmungsbefugnisse nicht unbedingt; so kann der Kreis-

[1] So im § 62 KrO. f. d. östl. Prov. v. 13. Dez. 72, § 24 hann. KrO. v. 6. Mai 84, § 27 KrO. f. Hessen-Nassau v. 7. Juni 85, § 28 rhein. KrO. v. 30. Mai 87, § 29 westf. KrO. v. 31. Juli 86, § 54 schlesw.-holst. KrO. v. 26. Mai 88.

[2] So im § 62 StO. f. d. östl. Prov. v. 30. Mai 53, § 71 hann. StO. v. 24. Juni 58, § 67 StO. f. Hessen-Nassau v. 4. Aug. 97, § 57 rhein. StO. v. 15. Mai 56, § 62 westf. StO. v. 19. März 56, § 90 schlesw.-holst. StO. v. 14. Apr. 69.

[3] Über diese Fragen vor allem FRIEDRICHS Polizeigesetz 1911 S. 221ff.

ausschuß die Zustimmung des Amtsausschusses, der Bezirksausschuß die Zustimmung des Magistrats ersetzen.

Die ortspolizeilichen Vorschriften sind Polizei straf verordnungen. Seit der Reichsverordnung vom 6. Februar 1924 beträgt die anzudrohende Strafe 1 bis 150 Reichsmark.

Als Rechtsverordnungen bedürfen die ortspolizeilichen Vorschriften der Verkündung. Über die Art der Verkündung und die Form, von deren Beobachtung die Gültigkeit der Vorschrift abhängt, trifft der Regierungspräsident Bestimmungen (LVG. § 144 II). In Städten ist der Abdruck in den Tageszeitungen das Gegebene, auf dem Lande kommt noch das Anheften an die Gemeindetafel, das Ausrufen und das Ausschellen vor.

Eine weitergehende Einwirkung steht dem Regierungspräsidenten nicht zu, namentlich bedarf es für den Erlaß einer ortspolizeilichen Vorschrift nicht seiner Genehmigung. Doch kann er eine solche Vorschrift außer Kraft setzen, in dringenden Fällen allein, sonst nur mit Zustimmung des Bezirksausschusses. Die gleiche Befugnis steht dem Minister des Innern zu (LVG. § 145). Im übrigen kann eine ortspolizeiliche Vorschrift nur wieder durch eine solche aufgehoben werden.

Die höheren Polizeiverordnungen können die gleichen Gegenstände regeln wie die ortspolizeilichen Vorschriften, doch muß der beabsichtigte Geltungsbereich über die Zuständigkeit einer untergeordneten Polizeibehörde hinausgehen. Der Landrat kann mit Zustimmung des Kreisausschusses kreispolizeiliche Vorschriften für den ganzen Kreis oder für mehrere Ortspolizeibezirke erlassen und gegen ihre Nichtbefolgung Geldstrafen bis zu 150 Reichsmark androhen. Verkündet werden die Vorschriften nach näherer Bestimmung des Regierungspräsidenten, meist in einem Kreisblatt. Auch sie kann der Regierungspräsident und der Minister des Innern aufheben. Der Regierungspräsident kann für mehrere Kreise oder für den ganzen Umfang des Regierungsbezirkes, der Oberpräsident für mehrere Kreise verschiedener Regierungsbezirke, für mehr als einen Regierungsbezirk oder für den Umfang der ganzen Provinz Polizeiverordnungen mit Strafandrohung, ebenfalls bis 150 RM, erlassen. Die Verordnungen des Oberpräsidenten bedürfen außer in dringenden Fällen der Zustimmung des Provinzialrats, die des Regierungspräsidenten der Zustimmung des Bezirksausschusses; die zulässigerweise ohne diese Zustimmung erlassenen Polizeiverordnungen sind außer Kraft zu setzen, wenn sie nicht innerhalb dreier Monate nach der Verkündung erteilt wird. Für die Verkündung bestimmt hier das Gesetz alles Nähere selbst. Die Verordnung ist unter Bezugnahme auf den ermächtigenden § 137 LVG. und auf die in diesem Paragraphen genannten Vorschriften des Polizeiverwaltungsgesetzes oder der Verordnung von 1867 oder des lauenburgischen Gesetzes von 1870 und unter der Bezeichnung „Polizeiverordnung" in dem maßgebenden Amtsblatte oder den maßgebenden Amtsblättern bekannt zu machen. Über diese ausdrücklichen Vorschriften hinaus verlangt das Kammergericht mit Recht Erwähnung der erforderlichen Zustimmung oder Anhörung im Eingang oder am Schluß der Verordnung[1]. Die Aufhebungsbefugnis steht begreiflicherweise hier nur dem Minister des Innern zu (LVG. § 145 II).

Im Gegensatze zum Erlasse von orts-, kreis-, bezirks- und provinzialpolizeilichen Vorschriften ist die Befugnis der Minister zum Erlasse polizeilicher Vorschriften sehr eingeengt. Die Strafandrohung geht allerdings auch hier bis zu 150 RM, doch darf der zuständige Minister eine solche Verordnung nur erlassen, wenn die Gesetze ausdrücklich „auf den Erlaß besonderer polizeilicher Vorschriften (Verordnungen, Anordnungen, Reglements usw.) durch die Zentralbehörden ver-

[1] KG. 12. Juli 88, KGJ. 8, 140f.; KG. 10. Okt. 04, GewArch. 4 (1905) S. 501f.; KG. 18. Okt. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 486f.; ausführlich KG. 25. Nov. 01, KGJ. 23 C 3ff. Abw. OLG. Dresden 4. Juni 29, JW. 1930 S. 1234ff.

weisen“ (LVG. § 136). Für die Verkündung, die Bezugnahme auf das ermächtigende Gesetz, die Bezeichnung als „Polizeiverordnung“ gilt hier das gleiche wie bei den bezirks- und provinzialpolizeilichen Vorschriften.

Die Rechtsprechung des Kammergerichts und des Oberverwaltungsgerichts über die sachlichen Gültigkeitsvoraussetzungen einer Polizeiverordnung ist sehr umfangreich und wird an anderer Stelle gewürdigt werden (unten § 20)[1].

Der Unterschied des süddeutschen Polizeiverordnungsrechts gegenüber dem preußischen sei durch einen kurzen Überblick über das bayerische Recht dargelegt. Hauptquelle des bayerischen Polizeiverordnungsrechts ist das Polizeistrafgesetzbuch vom 26. Dezember 1871, das in einer großen Anzahl von Artikeln die Übertretung der über gewisse Gegenstände erlassenen Verordnungen, ober-, bezirks- und ortspolizeilichen Vorschriften unter Strafe stellt. So wird mit bestimmter Strafe bedroht, wer ohne die nach Verordnung erforderliche polizeiliche Erlaubnis Menagerien aufstellt (Art. 32^I ^2) oder wer zu einer durch oberpolizeiliche Vorschrift verbotenen Zeit auf öffentlichen Straßen oder Plätzen maskiert erscheint (Art. 36^2) oder wer gegen ortspolizeiliches Verbot oder in Ermangelung eines solchen gegen bezirkspolizeiliche Anordnung Hunde in Theater mitnimmt (Art. 83^I ^3). Die hiernach zulässigen Verordnungen sind also reine Polizeiverordnungen, die nicht von sich aus Strafen androhen, sondern nur auf die im Gesetze festgelegte Strafe verweisen, keine Polizeistrafverordnungen wie in Preußen. Nur als Ausnahme[2] kennt das PolStGB. daneben auch Polizeistrafverordnungen mit nahezu unbegrenztem polizeilichen Inhalt. Ausschließlich zuständig zu ihrem Erlaß ist das Gesamtministerium und auch dieses nur, wenn der Landtag nicht versammelt ist; sie treten außer Kraft, wenn der Landtag nach seinem Zusammentritt ihnen nicht vor Schluß der Tagung oder vor seiner Vertagung zustimmt (Art. 9).

Der bayerischen Ausgestaltung des Polizeiverordnungsrechts entspricht im großen und ganzen die in Baden und Württemberg[3], in Baden seit dem Änderungsgesetze vom 26. Februar 1931 mit der Besonderheit, daß auch Verordnungen ohne irgendwelche, sei es eigene, sei es gesetzliche, Strafandrohung zulässig sind. An die drei Länder ist zu denken, wenn man die preußische Regelung der süddeutschen gegenüberstellt. Denn nicht alle Länder mit Polizeistrafgesetzbuch haben das Polizeiverordnungsrecht dem Gesetzbuch eingegliedert, vielmehr dient in andern Ländern das Polizeistrafgesetzbuch nur zur genauen, von Verordnungen unabhängigen Bezeichnung der strafbaren Tatbestände. Trotz Vorhandenseins von Polizeistrafgesetzbüchern regeln daher Hessen und Braunschweig[4] das Polizeiverordnungsrecht

---

[1] Der im Texte geschilderte Zustand des preußischen Polizeiverordnungsrechts wird sich mit Inkrafttreten des PolG. 1931 grundlegend ändern (§§ 24ff.). Das Verordnungsrecht der Bürgermeister und Amtsvorsteher in Städten, Landgemeinden (Hessen-Nassau, Hohenzollern), Ämtern und Amtsbezirken von nicht mehr als 5000 Einwohnern wird wegfallen, in den Gemeinden mit Bürgermeisterverfassung wird der Bürgermeister mit den Beigeordneten (Schöffen) ein Zustimmungskollegium bilden, vor allem aber werden die Verordnungen in Zukunft solche ohne Strafandrohung sein, nur die Minister werden noch Strafverordnungen erlassen können. Dafür kann in den Polizeiverordnungen allgemein „Zwangsgeld“ angedroht werden (§ 33), dessen Verhängung den Polizeibehörden zusteht. Nach Erschöpfung des Beschwerdeweges entscheiden die Verwaltungsgerichte (§ 57). — Über das Bedenkliche dieser verschleierten Einführung eines reinen Verwaltungsstrafrechts unter Ausschaltung der ordentlichen Gerichte vom Standpunkte des Reichsrechts (StPO. § 413) vgl. meine Bemerkungen im RVerwBl. 52 (1931) S. 122.

[2] Eine andere Ausnahme im Art. 44^II bay. GemO. v. 17. Okt. 27 (ortspolizeiliche Vorschriften zur Durchführung gemeindlicher Benutzungsordnungen).

[3] Bad. PolStGB. v. 31. Okt. 1863/25. Juli 1923; württ. PolStG. v. 27. Dez. 1871/12. Aug. 1919/16. Dez. 1921.

[4] Hess. PolStGB. v. 30. Okt. 1855, neu verkündet als Anlage zu Nr. 35 des hess. RegBl. 1871; braunschw. G., die Bestr. d. Polizeiübertretungen betr., v. 23. März 1899. Das anhalt. PolStG. v. 29. März 1855 ist durch das, allerdings noch nicht vollständig in Kraft getretene, Gesetz v. 30. März 1928 aufgehoben worden.

nach dem preußischen Typus. Auch in den übrigen Ländern herrscht der in Preußen heimische Rechtszustand. Hervorzuheben ist die Bestimmung der thüringischen Landesverwaltungsordnung vom 10. Juni 1926, wonach eine Polizeiverordnung nach Ansicht der Ministerien allerdings nur eine auf § 32 LVO. beruhende [1], mit dem Ablauf des fünften auf den Tag ihres Inkrafttretens folgenden Kalenderjahres außer Kraft tritt, wenn in der zweiten Dezemberhälfte des fünften Kalenderjahres nicht bekanntgemacht wird, daß sie weitergelten soll (§ 44). Eine ähnliche Vorschrift tritt in Preußen mit dem 1. Oktober 1931 in Kraft, nur daß hier die Geltungsdauer einer Polizeiverordnung dreißig Jahre beträgt [2].

**2. Autonome Satzungen.** Die Rechtsverordnungen bezeichneten wir als gesetzte Rechtssätze, die von einer staatlichen Stelle ausgehen, ohne Gesetz zu sein. Daneben gibt es Rechtssätze, die eine juristische Person des öffentlichen Rechts im eigenen Namen erlassen kann. Solche Rechtssätze nennt man autonome Satzungen. Bei gemeindlichen Satzungen sind die Ausdrücke „Ortsstatut", „statutarische Anordnung", „Ortsgesetz" und dgl. üblich. Von den Satzungen eines Privatvereins unterscheiden sie sich dadurch, daß sie für eine unbestimmte, nur begrifflich, nicht mit Eigennamen bezeichnete Vielheit von Personen gelten [3], z. B. für alle Einwohner der Stadtgemeinde oder — bei den Satzungen einer Ortskrankenkasse — für alle im Bezirke der Ortskrankenkasse in abhängiger Stellung Beschäftigten, und von den Rechtsverordnungen dadurch, daß die juristische Person in Ausübung eines ihr zustehenden subjektiven Rechts, nicht in strenger Abhängigkeit vom Staate, die Satzung beschließt. Der preußische Bürgermeister, der eine Polizeiverordnung erläßt, handelt im Namen des Staates, ist daher auch den Gemeindeorganen keine Rechenschaft schuldig. Erhält er vom Regierungspräsidenten die Weisung zum Erlasse einer Polizeiverordnung, so kann er hiergegen nicht im Namen der Gemeinde Klage vor den Verwaltungsgerichten erheben. Dagegen liegt bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Kommunalaufsichtsbehörde und Gemeinde über die Pflicht zum Erlaß einer statutarischen Vorschrift ein Rechtsstreit zwischen zwei Rechtssubjekten vor, der sich zur Austragung vor den Verwaltungsgerichten, deren umfassende Zuständigkeit zur Entscheidung öffentlichrechtlicher Rechtsverhältnisse vorausgesetzt, eignet.

Die Ermächtigung zum Erlasse von Ortsstatuten, diesen wichtigsten autonomen Satzungen, geht weiter als die für Polizeiverordnungen. Nach der preußischen Städteordnung für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853 ist jede Stadt befugt, besondere statutarische Anordnungen zu treffen „über solche Angelegenheiten der Stadtgemeinde, sowie über solche Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder, hinsichtlich deren das gegenwärtige Gesetz Verschiedenheiten gestattet oder keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält" (§ 11). Nach der schleswig-holsteinischen Städteordnung von 1869 muß jede Stadt ein Ortsstatut haben (§ 17). Während bei Polizeiverordnungen die Stadtverordneten ausgeschaltet sind, bedarf es bei statutarischen Vorschriften eines übereinstimmenden Beschlusses von Magistrat und Stadtverordnetenversammlung; außerdem ist, nach Art. 2 des noch immer geltenden Kriegsgesetzes zur Vereinfachung der Verwaltung vom 13. Mai 1918 allerdings nur noch in besonderen Fällen, Bestätigung durch den Be-

---

[1] Die Streitfrage hat viel Staub aufgewirbelt: Rudolph SächsThürArchR. 6 (1929) S. 253ff.; ThürOVG. 7. Aug. 29, ThürRdsch. 7 (1929) Sp. 218ff.; thür. Min. d. I. 29. Aug. 29, ThürAmtsNachrBl. I 1929 S. 284; Koellreutter ThürRdsch. 7 (1929) Sp. 213ff.

[2] PolG. 1931 §§ 34, 74. Schon früher setzte ein Beschluß des pr. Min. d. I. v. 20. Nov. 30 (MinBliV. Sp. 1109ff.) alle im Bereiche des Min. d. I. vor dem 1. Januar 1901 erlassenen Polizeiverordnungen der Ober-, Regierungspräsidenten, Kreis- und Ortspolizeibehörden außer Kraft. Für Baden vgl. Roth und Adler, BadVerwZ. 62 (1930) S. 34ff., 49ff.

[3] Hiergegen H. Peters HdbDStR. II S. 265 N. 10 mit Gründen, auf die angesichts des fortgeschrittenen Druckes dieser Auflage nicht mehr eingegangen werden kann.

zirksausschuß erforderlich. Ortsstatute kommen namentlich im Ortsstraßenrecht vor, so kann durch Ortsstatut der Anbau an noch nicht fertiggestellten Straßen verboten und bei Herstellung neuer Straßen eine Beitragspflicht der Anlieger vorgeschrieben werden[1]. Die Straßenreinigungspflicht kann nicht durch Polizeiverordnung, wohl aber durch Ortsstatut auf die Anlieger abgewälzt werden[2]. Auch die tief in die Rechtssphäre des Bürgers einschneidenden Gemeindebeschlüsse des preußischen Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 über die Erhebung von Gebühren, Beiträgen, Steuern und die Anforderung von Naturaldiensten sind ihrem Wesen nach ortsstatutarische Vorschriften.

Als Rechtssätze, sollte man meinen, bedürfen die Ortsstatute der Verkündung, zumal wenn man bedenkt, daß sie unter den Gesetzesbegriff der RV. fallen, wenn diese von „gesetzlich bestimmten Voraussetzungen" u. dgl. spricht[3]. Das preußische OVG. aber ist anderer Ansicht, trotz abweichender Entscheidungen des Reichsgerichts und des Kammergerichts und trotz Widerspruchs in den Reihen der Wissenschaft. Auch die bayerische und die sächsische Rechtsprechung bejahen den Verkündungszwang[4]. Das einzige, was sich zur Not für die Rechtsprechung des preußischen OVG. anführen ließe, ist nicht etwa das Schweigen des Gesetzes, denn es gibt auch verwaltungsrechtliche Selbstverständlichkeiten, sondern der Gedanke, daß „man" kraft Vertretung durch die Stadtverordneten bei Erlaß des Statuts zugegen war, auch durch die Öffentlichkeit der Stadtverordnetenversammlung in der Lage war, den Verhandlungen bis zur Beschlußfassung zu folgen. Doch wiegt diese Erwägung nicht schwer genug, um die Ansicht des OVG. zu rechtfertigen.

Die autonomen Satzungen sind wohl zu scheiden von den „Statuten einzelner Gemeinheiten und Gesellschaften" des ALR., die „nur durch die landesherrliche Bestätigung die Kraft der Gesetze" erhalten (Einl. § 2). Solche „Statuten" sind in Wirklichkeit Verordnungen des Königs, jetzt des Staatsministeriums[5]. Denn die Bestätigung ist nicht als bloß hinzutretende Genehmigung gedacht, sondern als Anordnung aus eigener Befugnis. Das Staatsministerium kann den vorgelegten Satzungsentwurf ändern und ohne Zustimmung der „Gemeinheit oder Gesellschaft" in Kraft setzen. Das Hauptbeispiel sind die Universitätssatzungen (§ 68 II 12), deren Entwürfe zwar mit den Universitäten besprochen, aber nach eigenem Ermessen des Staatsministeriums endgültig gestaltet werden.

**3. Sonstige Quellen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung**[6]. Würden wir uns mit der Darstellung der vier klassischen Rechtsquellen: Gesetz, Verordnung, autonome Satzung und Gewohnheitsrecht begnügen dürfen, so wären wir am Ende der Rechtsquellenlehre angelangt. Aber wie uns die Tatsachen mit ursprünglicher Rechtssatzwirkung, namentlich die Erscheinung der Revolution, zwangen, die ursprünglichen Rechtsquellen zu erweitern, so bedürfen auch die abgeleiteten Rechts-

---

[1] Pr. Ges. v. 2. Juli 75 §§ 12, 15.

[2] Pr. Ges. v. 1. Juli 12 § 5. [3] RG. III 16. Mai 24, RGZ. 108, 170ff.

[4] Nachweise Gesetz, Gesetzesanwendung S. 226 N. 4. Vgl. ferner HUBRICH in AnnDR. 1916 S. 641ff.; MENNE im PrVerwBl. 44 (1923) S. 437f.; PAPE im RVerwBl. 50 (1929) S. 6ff.; PrOVG. 1. Mai 30, JW. 1930 S. 2478 (Ausnahme für § 15 FluchtlinG.); KG. 8. Aug. 29, KGJ. Erg. 9, 226ff.; BayVGH. 11. Mai 25, Samml. 46, 19ff.; BadVGH. 16. Nov. 27, BadVerwZ. 1928 S. 39; OldOVG. 7. März 29, OldZ. 56 (1929) S. 30ff. — Auch nach der thür. GemKrO. v. 8. Juli 26/22. Juli 30 besteht Bekanntmachungszwang für Ortsgesetze (§ 103), ebenso nach der bay. GemO. v. 17. Okt. 27 (Art. 26 II).

[5] HUBRICH Der Statutenbegriff im Allgemeinen Landrecht 1916.

[6] Vgl. zum folgenden Gesetz, Gesetzesanwendung S. 13ff., 41ff., 68ff. und die dort angeführten Belege aus der Rechtsprechung; über die Dogmengeschichte der Lehre S. 108ff. Ohne Verständnis für den Zweck der Lehre — Scheidung der Rechts- von der Tat- und Ermessensfrage — leider E. KAUFMANN Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie 1921 S. 32f.

quellen der Ergänzung. Nur so verhindern wir, daß man bei neuartigen, das objektive Recht beeinflussenden Tatsachen, wie bei Vereinbarungen[1], bei gewissen Dienstinstruktionen, bei dem noch nicht zum Gewohnheitsrecht verdichteten Herkommen u. dgl. immer wieder stutzig wird und erneut über die Möglichkeit ihrer Rechtssatznatur nachdenkt.

Verordnungen und autonome Satzungen sind abgeleitete Rechtssätze, weil sie Rechtswirkungen auf unbestimmt wen ausüben und diese ihre Wirkungsmöglichkeit einem Gesetze verdanken. Das Gesetz verweist auf sie. Das Gesetz kann aber auch auf andere Wirklichkeiten verweisen und ihnen die Macht beilegen, Rechtswirkungen auf unbestimmt wen auszuüben. Das sind dann unsere sonstigen Quellen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung. So bestimmt das Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884, daß es auf Sprengstoffe, die vorzugsweise als Schießmittel gebraucht werden, keine Anwendung finde (§ $1^{III}$). „Die Bezeichnung dieser Stoffe erfolgt durch Beschluß des Bundesrats.“ Hiermit wird der Bundesrat zum Erlaß einer erläuternden Verordnung ermächtigt. Statt dessen hätte das Gesetz unmittelbar auf den der Wandlung unterworfenen tatsächlichen Gebrauch verweisen können mit der Wirkung, daß je nach dem tatsächlichen Gebrauch der Besitz einer Mischung von Sprengstoffen heute verboten ist und in fünf Jahren jedermann freisteht. Oder das vielleicht klarste Beispiel: Nach § 207 StGB. wird der Zweikämpfer wegen Tötung oder Körperverletzung belangt, wenn er die hergebrachten Regeln des Zweikampfes vorsätzlich übertritt. Die hergebrachten Regeln des Zweikampfes sind für sich betrachtet etwas rein Tatsächliches. Das Gesetz legt ihnen aber die Macht bei, ganz allgemein mit Wirkung für alle, die es angeht, zu bestimmen, ob eine bestimmte Art des Zweikampfes unter den Zweikampfs- oder unter den Tötungsparagraphen fällt. Sie üben also Rechtssatzwirkungen aus. Das nur über Rechtsfragen entscheidende Revisionsgericht muß auch die Frage nach dem Hergebrachtsein des vom Kämpfenden eingeschlagenen Verfahrens prüfen, genau wie es dazu verpflichtet wäre, wenn das Strafgesetzbuch statt auf die Regeln selbst auf eine die Regeln feststellende Verordnung verwiesen hätte[2].

Am einfachsten für den mit den neuartigen Quellen noch nicht Vertrauten liegen die Dinge bei den Sätzen rechtlichen Inhalts mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung. So verweist RV. Art. 4 auf die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts und erhebt sie zu bindenden Bestandteilen des deutschen Reichsrechts, verleiht ihnen also neben ihrer ursprünglichen, der völkerrechtlichen, Wirkung noch abgeleitete Rechtssatzwirkungen als innerdeutschem Recht. Die Gewerbeordnung mit ihren Vorschriften über die besondere Heilighaltung der drei hohen Feiertage (§ 105 $b^{I}$) verweist stillschweigend auf die kirchlichen Kalenderregeln hierüber und gibt ihnen dadurch weltliche Rechtssatzwirkungen. Wie kommt es, daß sich der gezüchtigte Schüler unter Umständen auf Überschreitung der dem Lehrer gegebenen Instruktionen berufen kann, da doch Dienstinstruktionen nicht nach außen wirken? Nur daher, daß ein Rechtssatz auf die Instruktionen verweist und bestimmt, daß die in den Instruktionen gezogenen Schranken zugleich Rechtsschranken sein sollen. Das Gesetz über den Haushaltsplan ist das am häufigsten gebrauchte Beispiel für ein Gesetz ohne Rechtssatzeigenschaft. Und doch kann ein Rechtssatz bestimmen, daß z. B. Beamte durch Anweisung außerplanmäßiger Zahlungen sich schadensersatzpflichtig machen oder daß die Witwe des Reichspräsidenten ein Viertel der haushaltsmäßigen Bezüge des im Amte befindlichen Reichspräsidenten erhalten soll[3], und auf diese Weise dem Gesetze über den Haushaltsplan rechtssatzmäßige Nebenwirkungen beilegen. Vereinbarungen zwischen bestimmten Beteiligten

[1] Vgl. aus der neueren Zeit FLEINER S. 82f.; HATSCHEK S. 56ff.; HALLER in WüRV. 19 (1926) S. 65ff; G. A. WALZ im ArchÖffR. N. F. 14 (1928) S. 161ff.
[2] Über die ganze Frage jetzt auch H. MANNHEIM Beiträge zur Lehre von der Revision 1925.
[3] RHaushO. § $33^{III}$, Reichsges. v. 31. Dez. 22/3. Juni 25 § $5^{I}$.

binden an sich nur sie und ihre Rechtsnachfolger. Doch kann ein Wegegesetz bestimmen, daß Vereinbarungen der Beteiligten über die Wegebaulast, oder ein Eingemeindungsgesetz, daß die der Einverleibung vorangehenden Vereinbarungen bindendes Ortsrecht werden sollen. Auch der nach der Reichsverordnung vom 23. Dezember 1918 für allgemein verbindlich erklärte Tarifvertrag[1] ist eine Vereinbarung mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung, nicht aber der gewöhnliche, da ihm die Beziehung zu unbestimmt wem fehlt. Ausnahmsweise legt das Gesetz auch Richtersprüchen Rechtssatzwirkungen bei. Erklärt z. B. ein preußisches Verwaltungsgericht eine Kommunalabgabenordnung auf Klage des zu Unrecht in Anspruch Genommenen für diesen einen Streitfall für ungültig, so wirkt das Urteil an sich nur zwischen dem Kläger und der beklagten Gemeinde. Nach dem Gesetze vom 26. August 1921 hat aber das Urteil die weitere Wirkung, daß eine neue Abgabenordnung mit rückwirkender Kraft erlassen werden kann, was ohne das Urteil unzulässig wäre. Also hat der Richterspruch Rechtssatzwirkungen, ähnlich wie ein Beschluß des Reichsgerichts nach RV. Art. $13^{\text{II}}$. Endlich gehört, neben anderem, auch das abgeleitete Gewohnheitsrecht hierher, jenes Gewohnheitsrecht, das sich nicht mit ursprünglicher Kraft als eine dem Gesetze ebenbürtige und das Gesetz unter Umständen überwindende Rechtsquelle, sondern kraft gesetzlicher Ermächtigung entwickelt. Namentlich die örtliche Observanz[2] ist vielfach Gewohnheitsrecht dieser untergeordneten Art. § 4 Einl. ALR. legt den Observanzen ausdrücklich die Kraft bei, vom Gesetze unentschieden gelassene Verhältnisse näher zu regeln. Auch das preußische Wegereinigungsgesetz vom 1. Juli 1912 hält ältere Observanzen aufrecht (§ 3). Schon das bloße Herkommen oder Hergebrachte kann auf solche Weise Rechtssatzwirkungen erhalten[3]. Bestimmt z. B. ein Gesetz oder eine Verordnung, daß eine ortspolizeiliche Vorschrift in ortsüblicher Weise zu verkünden sei[4], so hängt von der Innehaltung des Ortsüblichen die Gültigkeit der ortspolizeilichen Vorschrift, also eines Rechtssatzes, ab, die Ortsüblichkeit darf also auch vom Revisionsgericht nachgeprüft werden.

Wenn so schon einfache, der Gewohnheitsrechtsbildung vorhergehende Tatsachen in die Rechtsfrage hineinragen können, macht es keine Schwierigkeit, ganz allgemein Tatsachen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung anzuerkennen, d. h. Tatsachen, die kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Verweisung die Gültigkeit oder den Inhalt eines Rechtssatzes beeinflussen. Im Gegensatze zu den gewöhnlichen rechtserheblichen Tatsachen, denen nur die Kraft innewohnt, zwischen bestimmten Personen Rechtsverhältnisse zu begründen, ändern oder aufzuheben oder bestimmte Personen in ihrer Rechtspersönlichkeit zu beeinflussen, üben sie, wie jeder Rechtssatz, Wirkungen auf eine abstrakte Vielheit von Personen aus. So beeinflußt die bloße Tatsache, daß Wiesbaden ein Kurort ist und Frankfurt a. M. keiner, die Gültigkeit der in beiden Städten erlassenen Teppichklopfverordnungen; eine solche kann u. U. in Wiesbaden gültig sein, in Frankfurt a. M. ungültig; auch die Kurorteigenschaft hat also Rechtssatzwirkungen[5]. Das anschaulichste Beispiel liefert vielleicht § 14 des preußischen Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893, wonach Steuern

---

[1] Vgl. meinen Bericht im JahrbÖffR. IX 1920 S. 111. Die herrschende, auch von KASKEL Arbeitsrecht[3] 1928 S. 45 und ERWIN JACOBI Grundlehren des Arbeitsrechts 1927 S. 93ff. vertretene Auffassung der Allgemeinverbindlichkeitserklärung als einer Verordnung wird der Tatsache nicht gerecht, daß ihre Gültigkeit von der des Tarifvertrages abhängt.

[2] Vgl. z. B. PrOVG. 21. Apr. 21 u. 19. Dez. 29, Entsch. 76, 378ff. u. 85, 305ff.; RG. IV 8. Nov. 24, JW. 1925 S. 1121f.; bay. GemO. Art. 35.

[3] Schleswig-holst. Wegeverordnung v. 1. März 1842 § 228; WürttVGH. 3. Juli 29, Württ.-ZSprBeil. 72 (1930) S. 88ff.

[4] Vgl. hierzu auch SCHULTZENSTEIN Ortsgebrauch und Ortsüblichkeit im Rechte, JW. 1922 S. 71ff.

[5] Vgl. auch KG. 8. Juli 29, KGJ. Erg. 9, 274ff. (Kurtaxe).

auf den Verbrauch von Brennstoffen aller Art nicht neu eingeführt oder in ihren Sätzen erhöht werden dürfen. Darf Gas besteuert werden? Beim Inkrafttreten des Gesetzes wurde Gas ausschließlich für Leuchtzwecke verwandt, war also ein Leuchtstoff, kein Brennstoff, und daher besteuerbar. Heute wird es fast nur, in vielen Städten sogar ausschließlich für Gaskochherde gebraucht, ist also ein Brennstoff und daher der Besteuerung entzogen. Während also früher in der Stadt X der Rechtssatz galt: „Gas kann besteuert werden", gilt hier, ohne Änderung des Gesetzestextes, heute der Satz: „Gas kann nicht besteuert werden". Daß hier eine bloße Tatsache das in der Stadt X geltende objektive Recht geändert, also Rechtssatzwirkungen ausgeübt hat, ist wohl sonnenklar.

Von besonderer Bedeutung sind die Tatsachen geistiger Art, denen das Recht rechtsändernde Wirkungen beilegt, namentlich die wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Anschauungen. So kann es auch heute noch vorkommen, daß der Gesetzgeber, selbst unentschlossen, die Lösung einer Frage der Rechtswissenschaft überläßt. Praktisch bedeutsamer sind die Verweisungen auf die Naturwissenschaft und die Lehren der Hygiene. So kann sich im Laufe der Zeit die wissenschaftliche Ansicht über die Tauglichkeit einer gewissen Art von Blitzableitern ändern und damit auch die rechtliche Möglichkeit für die Polizei, die Anbringung eines solchen Blitzableiters zu verlangen. Nach der Rechtsprechung des OVG. darf die Polizei nur gegen Gesundheitswidrigkeiten einschreiten, nicht schon gegen bloße Belästigungen. Üble Gerüche wurden früher nur als Belästigungen empfunden, die heutige Hygiene hat den Zusammenhang zwischen den Gerüchen und den Magennerven erkannt und erklärt üble Gerüche für gesundheitsschädlich. Also kann die Polizei heute dagegen einschreiten[1]. Eine ähnliche durchgängige Wandlung der wissenschaftlichen Anschauung wird die Rechtsprechung vielleicht auch einmal auf dem Gebiete des Schutzes gegen Geräusche anerkennen. Vorläufig zögert sie allerdings noch und glaubt, im allgemeinen genüge der Schutz der Nachtruhe[2]. Für den geistig Arbeitenden wäre schon viel gewonnen, wenn das OVG. die Abhängigkeit des Gehörschutzes von den Ansichten der medizinischen Wissenschaft erkennen und auf die Eigenart des doch keine Ausnahme mehr bildenden Nervösen eingehen würde, den durchaus nicht alle Geräusche stören, sondern, abgesehen von den sehr starken, nur die als zweckwidrig oder vermeidbar empfundenen.

In diesem Punkte berühren sich die Ansichten der Wissenschaft mit den Anschauungen der Gesellschaft. Wer vom bürgerlichen Recht herkommt, dem ist die Verweisung des BGB. auf die Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden über Treu und Glauben, gute Sitten, Wichtigkeit des Kündigungsgrundes, Zumutbarkeit des ehelichen Zusammenlebens u. dgl. geläufig. Das BGB. verweist auf diese gesellschaftlichen Anschauungen und gibt so der Gesellschaft die Macht, gewisse vom Gesetze offen gelassene Fragen mit Wirkung für alle, die es angeht, bindend zu beantworten. Auch das Verwaltungsrecht kennt derartige ausdrückliche oder stillschweigende Verweisungen auf gesellschaftliche Anschauungen. Ist der Ausdruck „Kreisbauinspektor" eine Amtsbezeichnung oder ein Ehrentitel? Ist das Ringwerfen oder das Stoßen der Schwebekugel ein Glücks- oder ein Geschicklichkeitsspiel? Wirkt das Tragen von Fahnen einer bestimmten Farbenzusammenstellung aufreizend? Auf alle diese Fragen gibt die Gesellschaft Antwort. Die Polizei darf sich im allgemeinen nur an den Störer wenden. Auf A's Grundstück bilden sich gesundheitsgefährliche Tümpel, also kann die Polizei

[1] Z. B. PrOVG. 19. Sept. 85, PrVerwBl. 7 (1885/86) S. 29ff.

[2] PrOVG. 22. März 17 u. 3. Sept. 25, Entsch. 72, 380ff. u. DJZ. 1926 Sp. 521. Wendung zum Besseren in PrOVG. 23. Mai 29, GewArch. 27 (1930) S. 161ff.; KG. 28. Febr. 30, KGJ. Erg. 10, 383ff. Vgl. auch Wenger, Beil. z. Nr. 23/24 d. SchwZBl. 1930; Paetsch, „Die Polizei" 28 (1931) S. 173ff.

von A Beseitigung der Störung verlangen. Das Höherlegen des Grundstücks würde 10000 RM kosten, das Ableiten der Tümpel durch das Grundstück des Nachbarn B 50 RM, ohne daß B einen nennenswerten Schaden dadurch hat. Trotzdem wäre es im naturwissenschaftlichen Sinne möglich, den Mißstand ohne Inanspruchnahme des B zu beseitigen. Aber auch Möglichkeit und Unmöglichkeit sind hier als gesellschaftliche Begriffe gemeint im Sinne von Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit[1], daher kann die Polizei von B Duldung der Abwässerung verlangen. Gesellschaftliche Höflichkeitsvorschriften stehen im engsten Zusammenhange mit der Achtungspflicht des Beamten. So prüft das preußische OVG. nach, ob ein städtischer Beamter sich einer Achtungsverletzung dadurch schuldig macht, daß er, vor seinem Hause stehend, den vorbeigehenden Bürgermeister nicht zuerst grüßt, und verneint unter Hinweis auf die allgemeine Grußsitte[2]. Gesellschaftliche Anschauungen über den Anstand entscheiden auch, solange Gesetz und Verordnung es nicht getan haben, die Frage, ob ein Unterstützungsbedürftiger einen Konfirmandenanzug erhalten soll oder ob das Erscheinen eines Angeklagten vor Gericht im Sportshemd ohne Rock als Ungebühr zu ahnden ist[3]. Vor allem sind Begriffe wie „öffentliches Interesse“ und „öffentliche Ordnung“ als gesellschaftlich zu deutende gemeint, wichtig vor allem für den Umfang der Polizeigewalt, deren Aufgabe die Wahrung der öffentlichen Ordnung mitumfaßt. Über die Zulässigkeit öffentlicher Nackttänze, öffentlichen Nacktbadens[4], öffentlicher Vorträge über den Zeugungsakt, des Ausstellens einer Leiche im Schaufenster eines Sarggeschäfts, der Bezeichnung einer Gastwirtschaft als „judenreines“, dann als „judenfreies“ Haus, endlich als Haus, in dem „jüdischer Besuch höflichst verbeten“ sei[5], sagt das Gesetz selbst gar nichts, auch würde Auslegung des Gesetzes vielfach nur ergeben, daß es sich selbst über die Fragen keine bestimmten Antworten zurechtgelegt hat, vielmehr verweist es auf die gesellschaftlichen Anschauungen und verleiht ihnen damit Rechtssatzwirkungen. Von Bedeutung ist die Verweisung namentlich auf dem Gebiete der Theaterverbote. Die Gesellschaft ist hier Richterin darüber, ob ein Stück die Grenzen der Sittlichkeit innehält und, wenn dies zweifelhaft sein sollte, ob der künstlerische Wert des Stückes, namentlich die Anerkennung des Dichters als eines Klassikers, schwerer wiegt als die sittlichen Bedenken.

So ließen sich noch viele Beispiele für Beeinflussungen des objektiven Rechts durch Wissenschaft und Gesellschaft anführen. Neben dem Hauptzweck der reinlichen Trennung der Rechtsfrage von der Tat- und Ermessensfrage haben die vorstehenden Betrachtungen vor allem noch die Bedeutung, dem jungen Juristen zu zeigen, daß zur vollendeten Rechtskenntnis mehr gehört als ein umfassender Überblick über die vier klassischen Rechtsquellen Gesetz, Verordnung, Satzung und Gewohnheitsrecht. Die Pflicht des Juristen, das Leben mit allen Anschauungen, Gebräuchen und Strömungen zu kennen und ganz auf der Höhe seiner Zeit zu stehen, wird vielleicht durch nichts so eindringlich zum Bewußtsein gebracht wie durch die Erkenntnis, daß eine Menge von Tatsächlichkeiten zum wandelbaren Bestandteil des geltenden Rechtes gehört, mit ihm dadurch verbunden, daß der Gesetzgeber sie mit rechtssatzmäßiger Maßgeblichkeit ausstattet.

---

[1] PrOVG. 24. März 02, Entsch. 42, 250ff.

[2] PrOVG. 16. April 90, PrVerwBl. 11 (1890) S. 407f.

[3] BayObLG. 25. Juni 30, JW. 1930 S. 3431.

[4] OLG. Jena 22. Okt. 26, SächsThürArchR. 4 (1927) S. 62ff.

[5] BadVGH. 16. Sept. 02, 29. Nov. 04, 30. Jan. 06, Rechtspr. d. BadVGH. 3 (1911) S. 232ff. Vgl. auch PrOVG. 30. Jan. 30, DJZ. 1930 Sp. 839f. (Plakat eines Antikriegsmuseums: „Eintrittspreis für Menschen 20 Pf., Soldaten und Polizeibeamte frei“).

## V. Sammlungen der geschriebenen Rechtsquellen.

Im Gegensatze zum bürgerlichen Rechte, dessen Quellen aus dem BGB. und einer leicht übersehbaren Anzahl von Nebengesetzen bestehen, gehört im Verwaltungsrecht schon eine gewisse Fertigkeit dazu, die zur Beurteilung eines bestimmten Falles erforderlichen Rechtssätze aufzufinden. Außerdem fehlt den einzelnen verwaltungsrechtlichen Gesetzen die dem Privatrecht eigentümliche Stetigkeit, so daß man, selbst wenn man das passende Gesetz gefunden hat, mit der großen Wahrscheinlichkeit rechnen muß, daß es inzwischen abgeändert wurde. Diese Tatsache wieder hat zur Folge, daß sich bei den von Männern der Wissenschaft und der Praxis herausgegebenen Textausgaben leicht Fehler einschleichen, deren mögliches Dasein den gewissenhaften Gesetzesanwender mahnt, den entscheidenden Text noch einmal mit der amtlichen Gesetzsammlung zu vergleichen.

**1. Amtliche Gesetz- und Verordnungssammlungen.** Das Reich und jedes Land haben heute eine amtliche Gesetzsammlung, nur Oldenburg hat deren drei, für jeden seiner Landesteile eine, auch Mecklenburg-Strelitz hatte bis 1919 ein besonderes Gesetzblatt für das Land Ratzeburg. Lübeck hatte zwar bis 1928 ebenfalls für den Fernerstehenden zwei Gesetzsammlungen, doch war die eine — „Sammlung der lübeckischen Gesetze und Verordnungen" — nur eine vierteljährliche Zusammenstellung der im Gesetz- und Verordnungsblatt verkündeten Gesetze und Verordnungen. Die meisten Gesetzsammlungen enthalten zugleich die Verordnungen der Zentralbehörden und bieten dadurch einen guten Überblick über die Gesamtheit der rechtsetzenden Tätigkeit des Landes. Im Gegensatze dazu sehen das Reich im Gesetz vom 13. Oktober 1923 und ihm folgend Preußen im Gesetz vom 9. August 1924 für die Verkündung von Rechtsverordnungen andere Veröffentlichungsmöglichkeiten vor als durch das Gesetzblatt[1], ohne damit sachlich an dem bis dahin geübten Brauche viel zu ändern.

Im folgenden seien die heute maßgebenden amtlichen Gesetzsammlungen genannt. Sie haben wichtige Vorgänger, so das Corpus Constitutionum Marchicarum von CHR. OTTO MYLIUS und das Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium, bis 1810 reichend, für Altpreußen, die Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben für das Königreich Hannover 1818—1866, die Sammlung von Gesetzen, Verordnungen... für die kurhessischen Staaten 1813—1866, das Verordnungsblatt des Herzogtums Nassau 1809—1867, die Gesetz- und Statutensammlung der freien Stadt Frankfurt 1817—1866, die schwer zu übersehenden Sammlungen für Schleswig-Holstein und Lauenburg, vor allem die Chronologische und die Systematische Sammlung, das Gesetz- und Ministerialblatt und — für Lauenburg — das Offizielle Wochenblatt. Eine genaue Darstellung dieser und anderer älterer Sammlungen ist hier nicht beabsichtigt[2]. Aber schon der kurze Überblick für das preußische Rechtsgebiet zeigt, daß man genötigt sein kann, auch jene älteren Sammlungen zu Rate zu ziehen, um einen Fall richtig zu entscheiden. Daher der Ruf nach Neuverkündung aller z. Zt. geltenden Gesetzesvorschriften unter gleichzeitiger Aufhebung der nicht verkündeten, ein Wunsch, der vor einigen Jahren für das Reich in Erfüllung zu gehen schien[3].

Die heute geltenden amtlichen Gesetzsammlungen sind:

Reichsgesetzblatt Teil I. — Reichsgesetzblatt Teil II (enthaltend internationale Übereinkommen und Veröffentlichungen über den Reichshaushalt, die Ortsklassenverzeichnisse, den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht, innere Angelegenheiten der Wehrmacht, den Eisenbahnverkehr, den Schiffahrtsverkehr und die Verwaltung der Reichswasserstraßen, Angelegenheiten der Kohlen- und Kaliwirtschaft und der Reichswirtschaftsstellen aus dem Be-

---

[1] Hierzu JASTROW Das Reichsgesetzblatt, ZStaatsW. 79 (1925) S. 40ff.

[2] Sehr zuverlässig v. RÖNNE-ZORN StR. d. preuß. Monarchie[5] I 1899 S. 170ff.

[3] Vgl. HOCHE in DJZ. 1926 Sp. 765ff., BRECHT ebenda S. 1733ff.

reiche des Reichswirtschaftsministeriums, innere Angelegenheiten des Reichstags und des Reichswirtschaftsrats, Angelegenheiten der Reichsbank und der Privatnotenbanken)[1]. — Preußische Gesetzsammlung. — Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Bayern. — Sächsisches Gesetzblatt. — Regierungsblatt für Württemberg. — Badisches Gesetz- und Verordnungsblatt. — Gesetzsammlung für Thüringen. — Hessisches Regierungsblatt. — Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt. — Regierungsblatt für Mecklenburg-Schwerin. — Gesetzblatt für den Freistaat Oldenburg, Landesteil Oldenburg. — Gesetzblatt für den Freistaat Oldenburg, Landesteil Lübeck. — Gesetzblatt für den Freistaat Oldenburg, Landesteil Birkenfeld. — Braunschweigische Gesetz- und Verordnungssammlung. — Gesetzsammlung für Anhalt. — Gesetzblatt der freien Hansestadt Bremen. — Lippische Gesetz-Sammlung. — Gesetz- und Verordnungsblatt der freien und Hansestadt Lübeck. — Mecklenburg-Strelitzscher Amtlicher Anzeiger. — Schaumburg-Lippische Landesverordnungen.

Die Rechtsverordnungen des Reichs und die Preußens können außer im Reichsgesetzblatt und in der Preußischen Gesetzsammlung in folgenden allgemeinen oder einschlägigen Verordnungs- und Ministerialblättern verkündet werden:

Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger. — Reichsministerialblatt (Zentralblatt für das Deutsche Reich). — Reichsbesoldungsblatt. — Amtsblatt des Reichspostministeriums.

Die letzten drei Blätter sind ausschließlich für das Reich bestimmt, die nächsten für Preußen, nämlich:

Finanz-Ministerial-Blatt. — Preußisches Besoldungsblatt (Teil II des Finanz-Ministerial-Blatts). — Ministerial-Blatt der Handels- und Gewerbe-Verwaltung. — Ministerial-Blatt für die preußische innere Verwaltung. — Justiz-Ministerial-Blatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege. — Ministerialblatt der preußischen Verwaltung für Landwirtschaft, Domänen und Forsten. — Volkswohlfahrt. Amtsblatt des preußischen Ministeriums für Volkswohlfahrt. — Zentralblatt für die gesamte Unterrichts-Verwaltung in Preußen.

Den Hauptinhalt der Ministerialblätter stellen aber nicht Rechtsverordnungen dar, sondern Dienstanweisungen und Mitteilungen an die nachgeordneten Stellen. Sie bilden daher ein gutes Anschauungsmittel für das Kennenlernen des inneren Dienstbetriebs der Behörden. Von den bisher genannten Blättern überragt für die Schilderung des Lebens der Verwaltung alle an Bedeutung das Ministerial-Blatt für die preußische innere Verwaltung, dem für die Verwaltung in den Provinzen die Amtsblätter der einzelnen preußischen Regierungen an die Seite treten. Als Gegenstücke dazu aus einigen anderen Ländern seien hervorgehoben:

Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung (Beilage der bayerischen Staatszeitung). — Sächsische Staatszeitung. — Ministerialblatt für die sächsische innere Verwaltung. — Amtsblatt des württembergischen Ministeriums des Innern. — Amts- und Nachrichtenblatt für Thüringen. — Beilage zum Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt, zum Regierungsblatt für Mecklenburg-Schwerin.

**2. Private Sammlungen.** Da nur wenige öffentliche Büchereien im Besitze aller Gesetz- und Verordnungsblätter sind, entstand das Bedürfnis nach privaten, zusammenfassenden Sammlungen. Laufend erscheinen oder erschienen bis vor kurzem:

Grotefend-Cretschmar Preußisch-Deutsche Gesetzsammlung, 5 Bände und 3 Ergänzungsbände, die Zeit von 1806 bis 1911 umfassend, auf dem laufenden gehalten durch Grotefend-Cretschmar-Diepgen Das gesamte deutsche und preußische Gesetzgebungsmaterial (jährlich ein Band),

Maraun Verwaltungsvorschriften für preußische Gemeinde-, Polizei- und Kreisbehörden, 4 Bände, für die Zeit von 1799 bis 1902, mit jährlichen Ergänzungen, zuletzt für 1922,

K. Weber Neue Gesetz- und Verordnungs-Sammlung für das Königreich Bayern mit Einschluß der Reichsgesetzgebung, 42 Bände, bis Ende 1915 reichend, ergänzt durch eine Übersicht über die Gesetze, Verordnungen und Ministerialbekanntmachungen des Deutschen Reichs und Bayerns 1916 bis 1925 (München 1926),

Müller Sammlung der in der sächsischen Staatszeitung erschienenen amtlichen Veröffentlichungen (jährlich ein Band).

---

[1] Vgl. Gemeins. GeschO. d. Reichsministerien, Bes. Teil, 2. Ausg. 1929 § 72.

Daneben gibt es Zusammenstellungen für einen bestimmten Zeitpunkt. Obgleich solche Sammlungen leicht veralten, ersparen sie doch, selbst wenn sie vor vielen Jahren erschienen sind, zeitraubendes Suchen.

Neben den oben S. 103f. genannten Übersichten sind für das Reich oder das Reich und Preußen hervorzuheben:

SARTORIUS Sammlung von Reichsgesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts[10] 1931.
REIMIG Deutsches Verwaltungsbrevier 1930,
BÜHLER Verwaltungsgesetze des Reiches und Preußens (Lehrausgabe) 1931,

für Preußen:

STIER-SOMLO Sammlung preußischer Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts[7] 1930,
REIMIG Preußisches Rechtsbrevier 1931,
DEGENHARDT-KOCH-PETERS Polizeirecht 1926, Deckbl. u. Erg. 1927—1931,
SCHÜCKING Quellensammlung zum preußischen Staatsrecht (TRIEPELS Quellensammlungen 4. Band) 1906,
ANSCHÜTZ-DOCHOW Die Organisationsgesetze der inneren Verwaltung in Preußen[2] 1908,
REICHELT Verwaltungsgesetzbuch für Preußen 1914 (sehr reichhaltig),
Die Polizeiverordnungen des Deutschen Reiches und der deutschen Länder, her. von FALCK, MENZEL u. HIRSCHBERG i. Vbdg. mit KERSTIENS, seit 1927 (z. Z. nur für einige preußische Regierungs- und Polizeibezirke erschienen),
BRÜNING Die preußische Verwaltungsgesetzgebung für die Provinz Hannover[3] 1906, nebst Ergänzungsheft 1907,
K. FRIEDRICHS Rheinisches Verwaltungsrecht 1915,
dann die großen Werke von
ILLING-KAUTZ Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte[10], 4 Bände 1912—16,
v. BRAUCHITSCH Die preußischen Verwaltungsgesetze. Neu herausgegeben von DREWS und LASSAR. I[24] 1930, II[21] 1928 (2 Nachträge 1929), III[17] 1929, IV[17] 1926, V[21] 1928 (Nachtr. 1929), VII[19] 1930, VIII 1930.

Ein rasches Auffinden der für die Beurteilung eines Falles maßgebenden Reichsgesetze und preußischen Gesetze und des zu den Gesetzen ergangenen Schrifttums ermöglichen auch die mit Anmerkungen versehenen, zwanglos erscheinenden Sammlungen der Verlagsbuchhandlung W. DE GRUYTER & Co.

GUTTENTAGsche Sammlung deutscher Reichsgesetze und
GUTTENTAGsche Sammlung preußischer Gesetze.

Für Bayern sind von Bedeutung:

G. ZIEGLER Sammlung in der Praxis oft angewandter Verwaltungsgesetze und Verordnungen für Bayern[5] 1927, Nachtrag 1928,
BLEYER Sammlung bayerischer Justiz- und Verwaltungsgesetze[2] II: Verwaltungsgesetze 1928,
REHM Quellensammlung zum Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Bayern (TRIEPELS Quellensammlungen 6. Band) 1903, nebst Ergänzung 1907,
SCHWEITZERS Handausgaben mit Erläuterungen und SCHWEITZERS Textausgaben mit Anmerkungen (veranstaltet von der Münchener Verlagsbuchhandlung J. SCHWEITZER),

für Sachsen:

KRANICHFELD Die Gesetzgebung des Königreiches Sachsen seit dem Erscheinen der Gesetzsammlung im Jahre 1818, 4 Bände 1904—1912, Nachtragsheft 1914,
E. JAEGER - W. APELT Sächsische Landesgesetze[3] 1928,
HALLBAUER-SCHELCHER, jetzt WARNEYER-SCHELCHER, Juristische Handbibliothek (mit Anmerkungen versehene Gesetzesausgaben der ROSSBERGschen Verlagsbuchhandlung in Leipzig zum Reichsrecht und zum sächsischen Recht),

für Württemberg:

G. SCHMID Handbuch der württembergischen Verwaltung, 5. Aufl. des von ZELLER-HUZEL begründeten und umgearbeiteten Handbuches der württembergischen Gemeindeverwaltung, 1. Bd. 1928, 2 Bd. 1929,
RUCK Verwaltungsrechtliche Gesetze Württembergs III 1914,
L. KÖHLER Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und Verfügungen straf- oder polizeirechtlichen Inhalts[2] 1922,

für Baden:

THOMA Badische Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts[2] 1926,
W. MERK Handbuch der badischen Verwaltung, 11. Aufl. des Neuen badischen Bürgerbuchs von FR. WIELANDT, I 1930, II 1[10] 1926, II 2[10] 1927,
E. WALZ-W. SCHOENBORN Das geltende badische Recht, 2. Band: Die staatsrechtlichen Gesetze Badens 1911,

für Thüringen:

KNAUTH Thüringische Verwaltungsgesetze, 1. Reihe (1926),
REUSS Thüringisches Verwaltungsrecht, Sammlung thüringischer Gesetze und Verordnungen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Inhalts 1927,

für Hessen:

REH Sammlung hessischer Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Bd. I[4]—III (3 Hefte) 1926 bis 1928,

für Hamburg:

A. WULFF Hamburgische Gesetze und Verordnungen[2], 4 Bände 1902—05 (von der 3. Aufl. I 1930, II 1928/29, IV 1930 vollständig erschienen),
FR. DEHNOW Sammlung hamburgischer Gesetze und Verordnungen 1926, Erg. 1927,
K. PERELS Hamburgische Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts[2] 1930,
RÖHE-URBAN Handbuch für hamburgische Beamte, 2 Teile 1929,

für Mecklenburg-Schwerin:

WENZEL Mecklenburg-schwerinsche Verfassungs- und Verwaltungsgesetze 1923,
BALCK Verwaltungsnormen in Mecklenburg-Schwerin, 4 Teile 1883—1908,

für Oldenburg, Landesteil Oldenburg:

FIMMEN-TENGE Sammlung der im Herzogtum Oldenburg geltenden Gesetze, Verordnungen und Bekanntmachungen aus den Jahren 1813—1903, 2 Bände 1905,
LANKENAU Oldenburgisches Polizeihandbuch 1929, Nachtr. 1930,

für Braunschweig:

H. WOLFF Sammlung der Reichs- und Landesgesetze für das Herzogtum Braunschweig[2], 3 Bände 1900—1902,

für Anhalt:

F. HEINZE Sammlung anhaltischer Gesetze und Verordnungen, 2 Halbbände 1926,

für Bremen:

P. C. MÖLLER Sammlung von Gesetzen und Verordnungen der Freien Hansestadt Bremen 1927 (also noch ohne das Verwaltungsgesetz vom 15. April 1928),
EILERS Polizeirecht für das bremische Staatsgebiet. Sammlung von Reichs- und bremischen Gesetzen und Verordnungen I 1927, II[2] 1930,

für Lübeck:

Lübeckische Gesetze und Verordnungen 1816—1920, 4 Bände 1922.

Neben solchen einzelstaatlichen Sammlungen besteht noch das Bedürfnis nach Zusammenfassungen des Rechts des Reiches und mehrerer oder aller deutschen Länder. Doch fehlen solche vergleichenden Textausgaben noch fast völlig. Nur je vier Jahre erschienen das

Reichskriegsblatt, Sammlung der kriegsrechtlichen Bestimmungen des Reichs und der Bundesstaaten, seit dem 3. Jahrgang unter dem Namen „Deutsches Rechtsblatt", 4 Jahrgänge 1917—1920, und die
Blätter für Gesetzeskunde. Die Gesetze des neuen deutschen Reichs und der deutschen Länder in kurzgefaßten Inhaltsangaben, herausgegeben von G. CRUSEN, 4 Jahrgänge 1919 bis 1922.

Laufend berichten auch über die Neuerungen des Verwaltungsrechts das

Jahrbuch des öffentlichen Rechts, zuletzt Band 18 1930, und
Reich und Länder, Monatsschrift für die Entwicklung der Verfassung, Verwaltung und Finanzen in Deutschland, laufender Jahrgang 5 1931.

Dagegen sollen die

Staats- und verwaltungsrechtlichen Gesetze der deutschen Länder, herausgegeben von W. JELLINEK, seit 1926,

gleichartige Landesgesetze, z. B. die Verwaltungsrechtspflegegesetze, mit Ausblicken auf die Gesetzgebung des Reiches und anderer Staaten im Wortlaut bringen. Als Band 1 sind 1926 die Landtagswahlgesetze der deutschen Länder nebst Gesetzestexten zum Wahlrecht des Reichs, Danzigs, Österreichs und der schweizerischen Eidgenossenschaft erschienen.

## VI. Zeitliche und räumliche Herrschaft der Verwaltungsrechtssätze.

**1. Zeitliche Herrschaft.** Da die Verwaltungsrechtssätze dauerndem Wechsel unterworfen sind, entstehen leicht Zweifel über das Verhältnis des neuen Rechts zum alten. Drei Fragen sind dabei zu stellen und zu beantworten. Sie betreffen das Außerkrafttreten des alten Rechtssatzes, die Zulässigkeit der Rückwirkung des neuen Rechtssatzes und das Gewolltsein einer etwa zulässigen Rückwirkung.

Das Außerkrafttreten eines Rechtssatzes bereitet keine Schwierigkeit im Falle seiner ausdrücklichen Aufhebung durch einen gleichgeordneten oder übergeordneten Willen. Gesetz und ursprüngliches Gewohnheitsrecht sind dabei gleichwertig, Reichsrecht, auch in der untergeordnetsten Spielart, stärker als jede Art von Landesrecht, das Gesetz stärker als die Verordnung, die höhere Verordnung stärker als die niederere, die Verordnung als staatliches Recht stärker als die autonome Satzung einer Gemeinde. Doch bedürfte die Darstellung der Rangordnung innerhalb sämtlicher Rechtsquellen einer genaueren Untersuchung, die hier nicht geplant ist. Auch das Außerkrafttreten kraft selbst gesetzten Endtermins bietet keine Zweifel, höchstens den, ob der Endtermin ohne Neuverkündung des Rechtssatzes verschoben werden kann, eine Frage, die verneint werden muß, wenn der Endtermin bereits eingetreten ist. Schwierigkeiten bringt aber unter Umständen der Fall der stillschweigenden Aufhebung des Rechtssatzes durch einen widersprechenden späteren. Einmal kann das Ob der Aufhebung fraglich sein, dann deren Dauer. Zwar beseitigt der neue Rechtssatz den alten ganz, wenn er ihm ganz, zum Teile, wenn er ihm zum Teile widerspricht. Der alte Rechtssatz sei ein Wahlgesetz zu den Kreis- und Gemeindewahlen, der neue ebenfalls. Da nicht nach zwei verschiedenen Wahlgesetzen gewählt werden kann, hebt der neue Rechtssatz den alten ganz auf. Der neue Rechtssatz regele die Kreiswahlen allein; dann hebt er den alten Rechtssatz nur soweit auf, als er sich auf die Kreiswahlen bezieht. Indessen, so einfach wird sich Bestehendes und Aufgehobenes nicht immer trennen lassen. Dann bedarf es der Auslegung, ob das bruchstückweise unberührt Gebliebene nicht doch auch aufgehoben ist, eine Erkenntnis, die nicht viel besagt, aber doch fruchtbar ist als Warnung vor der Meinung, das Ob der Aufhebung folge hier einer starren Regel. Der bekannte Fall einer solchen, sehr der Auslegung bedürftigen Teilaufhebung ist das Verhältnis des Aufrufs des Rates der Volksbeauftragten vom 12. November 1918 Abs. 1 Ziff. 2 zum Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908[1]. Nun gibt es aber noch eine dritte Möglichkeit: der alte Rechtssatz ist enger als der neue. Der alte Rechtssatz, z. B. ein Eingemeindungsgesetz, bestimmt: Für die nächste Wahl der Stadtverordnetenversammlung bildet das Eingemeindungsgebiet einen besonderen Wahlbezirk, in dem zwei Stadtverordnete zu wählen sind. Ein neueres Gesetz bestimmt ganz allgemein: Bei den Gemeindewahlen werden Vorschlagslisten für den ganzen Gemeindebezirk eingereicht und die im ganzen Gemeindebezirk abgegebenen Stimmen durchgezählt. Trifft das neue Gesetz auch jenes Eingemeindungsgebiet? Eine bekannte Rechtsregel sagt: lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Aber auch sie kann nur eine Anleitung für die Auslegung sein, keine bindende Regel. In unserem Falle entspricht die Regel dem wahrscheinlichen

[1] Vgl. z. B. H. Rempe Die heutige Geltung des Reichsvereinsgesetzes vom 19. April 1908, Münst. Diss. 1926.

Willen des neuen Gesetzes. Der Vorort hatte sich nur durch das Zugeständnis einer bescheidenen Selbständigkeit eingemeinden lassen; das Vertrauen hierauf will das neue Gesetz vermutlich nicht täuschen. Aber es sind Fälle denkbar, wo der Wille zur unbedingten Durchführung des neu Angeordneten so sonnenklar ist, daß ihm auch Sonderregelungen weichen müssen. Was endlich die zweite aufgeworfene Frage, die Dauer der Aufhebung, anlangt, so ist es Regel, daß sie endgültig wirkt, auch wenn das aufhebende Gesetz später selbst wieder aufgehoben wird. So hält § 6 des preußischen Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851 nur die Verpflichtung des Verlegers zur Ablieferung von Pflichtexemplaren aufrecht, beseitigt also dadurch die etwa vorhanden gewesene Ablieferungspflicht des Druckers. Angenommen, dieser § 6 werde oder sei aufgehoben, so leben die alten Verpflichtungen der Drucker nicht wieder auf, sondern bleiben beseitigt bis zur etwa angeordneten Neubegründung. Anders, wenn der aufhebende Rechtssatz vorläufiger Natur war[1]. Erläßt z. B. der Oberbürgermeister in einem dringenden Falle eine ortspolizeiliche Vorschrift ohne Zustimmung des Magistrats nach LVG. § 143 II und muß er sie außer Kraft setzen, weil der Magistrat die nachträgliche Zustimmung versagt, so leben die durch die Dringlichkeitsverordnung beseitigten älteren ortspolizeilichen Vorschriften wieder auf. So ist es auch mit den Notverordnungen und den vorläufigen Verfassungen, die sich selbst einer alsbaldigen „Revision“ unterwerfen. Nur kann die lange Geltungsdauer einer Notverordnung unter Umständen ähnlich wirken wie aufhebendes Gewohnheitsrecht, so, wenn sich alle Beteiligten mit der Aufhebung abgefunden haben.

Die zweite Hauptfrage betrifft die Zulässigkeit der Rückwirkung. Da es eine Rückwirkung im buchstäblichen Sinne nicht geben kann, geht die Frage dahin, ob es beim Erlasse einer Rechtsnorm gestattet ist, zu bestimmen, daß in der Vergangenheit liegende Tatbestände so zu beurteilen sind, als wären sie unter der Herrschaft des neuen Rechtssatzes eingetreten. Unbedingt frei ist hier nur der Reichsverfassungsgesetzgeber. Für alle übrigen Gesetzgeber, vom Reichsgesetzgeber bis hinab zu einer verordnenden Landesbehörde, gelten eine Reihe von einschränkenden Bestimmungen der Reichsverfassung. So ist der Grundsatz: nulla poena sine lege Reichsverfassungsrecht (Art. 116). Also können auch Polizeiverordnungen nicht mit rückwirkender Kraft erlassen werden, soweit sie Gebote und Verbote enthalten, während der Grundsatz allerdings einer rückwirkenden Änderung der Voraussetzungen einer Erlaubniserteilung nicht im Wege steht. Ein Landesgesetzgeber kann heute die Schranken des Eigentumsartikels der RV. (Art. 153) nicht dadurch umgehen, daß er ein reichsverfassungswidriges Enteignungsgesetz mit Wirkung vom 1. Juli 1919 erläßt. Vor allem richtet sich der Schutz der wohlerworbenen Beamtenrechte (Art. 129 I) auch gegen den Gesetzgeber, dem es nicht freisteht, die Besoldung zuungunsten der Beamten so zu regeln, als ob die neue Besoldungsordnung vor Anstellung der Beamten in Kraft getreten wäre. Auch gewöhnliche Gesetze verbieten bisweilen die Rückwirkung ausdrücklich, so das preußische Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893, wenn es bestimmt, daß Gebühren im voraus nach festen Normen und Sätzen zu bestimmen sind (§ 7). Im Bereiche des Allgemeinen Landrechts[2] gilt sogar für alle unter dem Landesgesetz stehenden Rechtssätze der Satz des § 14 der Einleitung: „Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden.“

---

[1] Vgl. OLG. Dresden 25. Jan. 27 mit Anm. von mir und Doehl, JW. 1927 S. 2235f., 1928 S. 2035. S. a. Reiss i. d. DanzJZ. 3 (1924) S. 70ff.

[2] Ebenso in Braunschweig: BraunschwVGH. 6. Juli 27, BraunschwZ. 73 (1927) Beil. S. 3ff.; anders in Sachsen: SächsOVG. 25. Nov. 12, Jahrb. 19, 316f. Vgl. zu der Frage noch WürttVGH. 30. Dez. 25, JW. 1928 S. 540f., BadVGH. 16. Nov. 27, JW. 1928 S. 1093ff., BadVerwZ. 1928 S. 36ff.; BadVGH. 2. u. 15. Mai 28, BadVerwZ. 1929 S. 14, 22f.; OldOVG. 7. März 29, OldZ. 56 (1929) S. 30ff.

Das Gesetz und die Notverordnung brauchen sich an diese Regel nicht zu kehren, da sie das ganze Landrecht und damit auch den Satz aufheben könnten.

Bleibt noch die Frage nach dem Gewolltsein der zulässigen Rückwirkung. Hier gilt der Landrechtssatz als Regel für die Auslegung aller Rechtssätze. Im Zweifel hat also ein neuer Rechtssatz keine rückwirkende Kraft, z. B. nicht die Aufhebung einer Notverordnung oder die Einführung der Erlaubnispflicht für ein Gewerbe[1]. Die Regel wird durchbrochen durch ausdrückliche Erklärung des Gesetzes oder durch dessen offenbaren Zweck[2]. Auch gilt sie nicht bei der sogenannten authentischen Interpretation, d. h. der Auslegung eines Gesetzes durch den Gesetzgeber in der Form eines Gesetzes[3]. Sie gilt nicht im Strafrecht, nach dessen Grundsätzen bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden ist (StGB. § $2^{II}$). Zweifel, die dennoch über die zeitliche Herrschaft des neuen Gesetzes entstehen können, werden vielfach durch Übergangsbestimmungen, ausdrückliche oder durch einfache Auslegung zu gewinnende, behoben. Trotzdem sind Schwierigkeiten möglich, weil es nämlich gar nicht so einfach ist zu sagen, was Rückwirkung ist, was nicht, Schwierigkeiten, die sowohl hier als auch bei der Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung bestehen. Wohl gibt es Tatbestände, die völlig zweifelsfrei abgeschlossen in der Vergangenheit liegen. Ein Grundstück ist enteignet worden, der Eigentümer hat die Entschädigung erhalten, die er verlangt hat. Daneben sind aber auch schwebende Tatbestände denkbar, die sich gerade entwickeln und in die hinein das neue Gesetz fällt. Eine neue Prüfungsordnung verlangt z. B. ein achtsemestriges Universitätsstudium gegenüber den bisher geforderten sechs Semestern, enthält aber keine Übergangsbestimmungen. Sicher trifft sie den, der noch nicht zu studieren begonnen, sicher den nicht, der die Prüfung bestanden hat. Aber trifft sie den im vierten Semester Studierenden, den Studenten nach Abschluß des sechsten Semesters, den Kandidaten, der sich zur Prüfung gemeldet hat, den Kandidaten, der zur Prüfung zugelassen ist, ohne acht Semester studiert zu haben? Oder eine Baupolizeiverordnung verbietet den Bau von Erkern. Trifft sie auch schwebende Baugesuche? Man hilft sich hier mit dem Gedanken, der im Beamtenrecht seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, daß nämlich ein Rechtssatz im Zweifel wohlerworbene Rechte nicht antasten will. Aber so sehr der Gedanke einleuchtet, so schwierig ist seine Anwendung im Einzelfall. Von welchem Augenblicke an hat jener Student ein „wohlerworbenes" Recht auf die Prüfung? Doch frühestens in dem Augenblicke der förmlichen Zulassung. Die Einreichung des Gesuchs gibt nach der Rechtsprechung in Bausachen immer nur einen Anspruch auf Prüfung des Gesuchs nach dem jeweils geltenden Rechte[4]. Das Ergebnis will aber nicht befriedigen, da der Student im Vertrauen auf die alte Prüfungsordnung studiert hat. An die Stelle des endgültig entstandenen Rechtes auf die Prüfung muß hier die Erfüllung aller zur Zulassung zur Prüfung alten Stiles führenden Voraussetzungen treten. Wer also bei Inkrafttreten der neuen Ordnung sechs Semester studiert hat, fällt nicht unter die neuen Bestimmungen. Nach allgemeinem Sprachgebrauch würde die entgegengesetzte Entscheidung Rückwirkung bedeuten, und wir nehmen ja an, daß die Ordnung nicht rückwirkend sein will. Zudem würde man dem Zufall einen unzulässigen Einfluß auf die Entscheidung einräumen, wenn man von mehreren Sechssemestrigen die einen zur Prüfung zuließe, weil sie sich schon im Besitze der Zulassungsverfügung befinden,

[1] RG. VI 18. März 29, RGZ. 123, 406ff.; BayVGH. 16. Okt. 14, Samml. 35, 148ff.

[2] PrOVG. 31. Jan. 24, PrVerwBl. 45 (1924) S. 434f. (Entziehbarkeit der Wirtschaftserlaubnis wegen Tatsachen, die vor dem Notgesetz liegen und nach früherem Rechte die Entziehung nicht gerechtfertigt hätten), im Gegensatze zu BadVGH. 1. März 24 u. 3. Juni 24, JW. 1925 S. 302 u. BadVerwZ. 1924 S. 121f., u. SächsOVG. 23. Okt. 24, Jahrb. 29, 215ff.

[3] Z. B. braunschw. G. v. 27. April 21.

[4] BadVGH. 28. Okt. 08, Rechtspr. III 1911 S. 179.

die andern nicht, weil ihnen vielleicht noch das polizeiliche Führungszeugnis fehlte und sie daher mit der Meldung zur Prüfung etwas zögerten.

Der Fall der Baugenehmigung liegt anders. Die neue Bauordnung verbietet einen dauernden Zustand, nicht nur, wie die Prüfungsordnung, eine einmalige Tätigkeit. Man darf daher der Baupolizeibehörde nicht zumuten, durch Erteilung einer Genehmigung die Schaffung eines Zustandes zu begünstigen, den sie bei anderen Baulustigen, die zufällig etwas später um Baugenehmigung eingekommen sind, nicht dulden dürfte[1]. Zudem wird die Baugenehmigung nur als eine Bescheinigung darüber aufgefaßt, daß gegen das Bauvorhaben gesetzliche Bedenken nicht bestehen[2], daher die Polizei gegen einen ungenehmigten Bau nur einschreiten darf, wenn er sachlich unzulässig war, nicht schon wegen Fehlens der Baugenehmigung[3]. Diese Bescheinigung kann sie aber nach Inkrafttreten der neuen Bauordnung nicht mehr erteilen. Wenn bei der Baugenehmigung die Frage der Rückwirkung zweifelhaft sein kann, so erst in einem späteren Zeitpunkt. Den fertiggestellten Bau trifft die neue Bauordnung sicher nicht. Aber auch den auf dem Papiere genehmigten, noch gar nicht begonnenen nicht? Dabei sei angenommen, daß die Polizeibehörde die einmal erteilte Genehmigung nicht frei widerrufen kann, ein Satz, der allerdings in Preußen nicht ohne weiteres gilt[4]. Darf sie dann wegen Wechsels der Gesetzgebung widerrufen? Die Beantwortung der Frage hängt aufs engste mit den Grenzen der Polizeigewalt zusammen. Die Polizei darf, wie noch zu zeigen sein wird (S. 437f.), nur bei genügendem öffentlichem Interesse einschreiten, und ein an sich genügendes öffentliches Interesse kann aufgewogen werden durch ein starkes Gegeninteresse. Dies Gegeninteresse ist der Vertrauensschutz des Baulustigen, sobald er zu bauen begonnen hat[5]. Vollendet braucht der Bau noch nicht zu sein. Die in mehr als einer Beziehung bedeutsame Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. Juni 1926 läßt den Widerruf einer Erlaubnis dann zu, „wenn und soweit im Falle der Änderung des zur Zeit ihres Erlasses geltenden Rechts von der Erlaubnis... noch kein Gebrauch gemacht worden ist und Tatsachen vorliegen, die nach dem neuen Rechte ihre Versagung rechtfertigen würden... und wenn... zugleich die Zurücknahme... zur Verhütung oder Beseitigung von überwiegenden Nachteilen oder Gefahren für das gemeine Wohl notwendig ist" (§ 143 Ziff. 3 und Schluß). Da das Gesetz im Gegensatze zu seiner sonstigen Weitherzigkeit für diesen Fall keine Entschädigung vorsieht (§ $144^{II}$), muß man annehmen, daß es unter „Gebrauchmachen von der Erlaubnis" schon den Beginn des Gebrauchmachens versteht, also bei einer Baugenehmigung schon das Ausschachten des Grundstücks.

**2. Räumliche Herrschaft.** Die Frage der räumlichen Herrschaft der Verwaltungsrechtssätze hat schon zu umfangreichen und tiefgründigen Sonderuntersuchungen geführt, die in enger Beziehung zum Völkerrecht und zum internationalen Privatrecht stehen (vgl. S. 116). Hier soll nur auf einige Hauptpunkte des Gegenstandes hingewiesen werden. Ähnlich wie bei der zeitlichen Herrschaft der Gesetze betrifft die Frage dreierlei: das Inkraft- und Außerkrafttreten der Rechtssätze bei räumlichen Verschiebungen, die Zulässigkeit der Wirkung eines Rechtssatzes über die Grenzen des für ihn zunächst maßgebenden Gebietes hinaus und das Gewolltsein einer solchen Wirkung.

Bei Gebietsänderungen zeigt sich die dem Rechte eigentümliche konservative Natur. Im Zweifel bleibt das im neu erworbenen Gebiete vorhandene Recht

---

[1] PrOVG. 8. Mai 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 132f.; ähnlich BayVGH. 30. Nov. 23, Samml. 45, 12ff.

[2] Baltz-Fischer Preuß. Baupolizeirecht[5] 1926 S. 230.

[3] PrOVG. 24. Okt. 05, Entsch. 48, 360ff.

[4] Vgl. Schoen in der Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 118ff.

[5] Baltz-Fischer a. a. O. S. 241ff.

weiter in Geltung und dehnt sich das Recht des erwerbenden Staates nicht von selbst auf das neue Gebiet aus. So sind die altpreußische Kabinettsordre vom 10. Juni 1834 und die Staatsministerial-Instruktion vom 31. Dezember 1839 über die Privatschulen und Privatlehrer in den 1866 erworbenen Gebietsteilen nicht eingeführt worden und gelten daher dort nicht[1]. Vor allem gilt das Allgemeine Landrecht im Zweifel nur in den Teilen Preußens, in denen es eingeführt wurde, was nicht ausschließt, daß einzelne Bestimmungen, wie der berühmte Polizeiparagraph 10 II 17 oder § 75 der Einleitung kraft gemeindeutscher Rechtsanschauung auch in den neu erworbenen Gebieten angewandt werden. Der Grundsatz erleidet aber eine Ausnahme, wenn man vernünftigerweise annehmen muß, daß der erwerbende Staat eine Mannigfaltigkeit des Rechts innerhalb seines Gebietes nicht duldet. Vorschriften über die Staatsform, über die Organisation der Zentralbehörden gehören hierher. Der Verfassungssatz, daß Preußen eine Republik ist, kann nur unbedingt gelten oder überhaupt nicht. Wenn die Oberrechnungskammer eines Landes befugt ist, die Rechnungen der Behörden zu prüfen, so gilt die Befugnis auch den Behörden des neuen Gebiets gegenüber. Auch füllt das altländische Recht kraft sinngemäßer Anwendung Lücken dort aus, wo es an Vorschriften überhaupt mangelt, Vorschriften aber unbedingt vorhanden sein müssen; es fehlt dann an dem Widerstreit zweier Rechte, der sonst der Ausdehnung im Wege steht. So ist nichts dagegen einzuwenden, daß der preußische Staat, der für die im Jahre 1866 eroberten Gebiete bis zum 30. September 1867 absoluter Staat war, seine Befugnisse den Universitäten gegenüber auf Grund des Allgemeinen Landrechts auch in Neupreußen ausübt. Aber alle Ausnahmen lassen die Regel von der grundsätzlichen Weitergeltung der beiden Rechte innerhalb der alten Grenzen unberührt. Sie gilt auch bei Grenzverschiebungen innerhalb des Staates. Das preußische OVG.[2] nimmt allerdings an, daß bei Eingemeindungen auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift das örtliche Recht des eingemeindeten Verbandes dem örtlichen Rechte der erwerbenden Gemeinde weiche. Reichsgericht und Kammergericht sind aber entgegengesetzter Ansicht[3], und mit Recht. Bei örtlichen Polizeiverordnungen leuchtet dies ohne weiteres ein. Welchen Sinn hätten die Vorschriften über die Mitwirkung der Gemeindeorgane beim Zustandekommen einer Verordnung und den Verkündungszwang, wenn die unter Mitwirkung des Magistrats zu A in den Tageszeitungen von A verkündete Verordnung ohne weiteres in B gelten sollte, das auf die Zusammensetzung des Magistrats keinen Einfluß hatte, also vielleicht sehr gewichtige Bedenken nicht vorbringen konnte, und dessen Einwohner Bezieher einer Kreiszeitung sind und die Verordnungen nicht kennen können. Neuestens ist eine scharfsinnige Unterscheidung zwischen Polizeiverordnungen und ortsstatutarischen Vorschriften versucht worden[4]. Die ersten sollen von der Gebietsveränderung unberührt bleiben, die andern sich ausdehnen oder — bei Neubildung einer Gemeinde aus zwei anderen — untergehen. Allerdings fällt bei Ortsstatuten der Beweisgrund der Nichtverkündung fort, da nach der preußischen Rechtsprechung für Ortsstatute ein Verkündungszwang nicht besteht. Trotzdem ist nicht einzusehen, warum z. B. ein Ortsstatut über die Straßenreinigung andern Regeln unterliegen soll als z. B. eine ortspolizeiliche Vorschrift über die Beleuchtung der Treppenhäuser. Vielmehr muß man hier ähnlich unterscheiden wie

[1] E. von Bremen Die preußische Volksschule 1905 S. 722f. Vgl. auch unten § 22 III 2.

[2] Z. B. PrOVG. 18. Juni 00, Entsch. 37, 405ff. Ebenso, teilweise mit einer Übergangsfrist, §§ 10ff. EG. z. NeugliederungsG. v. 29. Juli 29 und PolG. 1931 § 39.

[3] RG. I 5. Okt. 91, RGZ. 28, 304ff.; KG. 18. Okt. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 488f. — Für Bayern vgl. BayObLG. 10. Jan. 05, SammlSt. 5, 207ff., jetzt anders GemO. v. 17. Okt. 27 Art. 9[I]; für Baden bad. GemO. v. 5. Okt. 21 § 4[III, IV], BadVGH. 16. März 26, BadVerwZ. 1926 S. 112f.; für Braunschweig früher Hampe in BraunschwZ. 62 (1915) S. 169f., jetzt anders StädteO. v. 15. Nov. 24 § 12; für Sachsen GemO. v. 1. Aug. 23/15. Juni 25 § 135 und für Thüringen GemKrO. v. 8. Juli 26/22. Juli 30 § 9[I] (beide im Sinne des PrOVG.).

[4] H. Peters S. 106ff.

bei Gebietsänderungen des Staates. Ortsstatutarische Vorschriften, die ihrer Natur nach räumliche Verschiedenheiten nicht vertragen, wie über die Bildung von Verwaltungsausschüssen oder über die Amtsbezeichnung der städtischen Beamten, dehnen sich aus oder gehen, bei gemeindlichen Neubildungen, unter; sie sind notwendige Bestandteile der Gemeinde und teilen daher deren Schicksal. Vorschriften aber, gegen deren räumliche Verschiedenheit kein durchschlagender Grund spricht, bleiben in ihrer Verschiedenheit bestehen und bleiben überhaupt bestehen, auch wenn die beiden sich vereinigenden Gemeinden untergegangen sind[1].

Die zweite Hauptfrage der räumlichen Herrschaft betrifft die der Rechtsetzungsgewalt gesteckten räumlichen Grenzen. Würde der Staat sich um seine Nachbarstaaten nicht zu kümmern brauchen, so wäre seine Rechtsetzungsgewalt räumlich unbegrenzt. Das völkerrechtliche Zusammenleben zwingt ihm aber die gleichen Schranken auf, deren Innehaltung er auch vom fremden Staate erwartet. Für das Verwaltungsrecht besonders wichtig ist zu wissen, welchen räumlichen Schranken der Erlaß von Verwaltungsakten unterworfen ist. Innerhalb seines Gebietes ist hier der Staat frei, nur die Exterritorialität der fremden Diplomaten, Staatshäupter und sonstigen Personen hindert ihn am Vorgehen gegen jedermann[2]. Auch besondere Verträge können die inländische Staatsgewalt einengen, so die Auslieferungsverträge kraft des Grundsatzes, daß Anklage nur wegen des Auslieferungsdelikts erhoben werden darf; doch erweist sich ihre Ausnahmenatur sofort, wenn die sinngemäße Ausdehnung der Ausnahme auf andere staatliche Eingriffe, wie polizeiliche Unterbringung in einer Irrenanstalt, in Frage steht; die Ausdehnung ist unzulässig, die Regel der Unbeschränktheit der Staatsgewalt kommt wieder zum Durchbruch[3]. Auch Verwaltungsakte an Personen, die sich außerhalb des Staatsgebietes befinden, sind vielfach zulässig, so Steuerveranlagungen, Vorladungen, vor allem beamtenrechtliche Verwaltungsakte gegenüber den Auslandsbeamten. Aber es müssen doch immer völkerrechtlich anerkennenswerte Beziehungen zwischen dem Staat und dem im Auslande Befindlichen bestehen. Der Verwaltungsakt ist unzulässig, wenn das Rechtsverhältnis, auf das er sich bezieht, um einen bekannten Ausdruck v. SAVIGNYS[4] zu gebrauchen, ausgesprochenermaßen seinen „Sitz" im Auslande hat. So kann der Staat A nie ein im Staate B belegenes Grundstück enteignen, soweit nicht etwa die „Enteignung" eine Regelung der Gesamtrechtsnachfolge, wie bei Erbschaften, darstellt. Bei Grenzflüssen kann die Polizeibehörde des Landes A dem Ufereigentümer im Lande B nicht befehlen, das Ufer zu befestigen, selbst wenn der Mangel der Befestigung den Wasserlauf auf der Seite des Landes A ungünstig beeinflußt; hier bedarf es diplomatischer Schritte. Auch bei der Verleihung der juristischen Persönlichkeit muß sich der Staat innerhalb seiner Landesgrenzen halten. Verleiht er einer Gesellschaft, die ihren Sitz nicht im Staatsgebiet hat, die Rechtsfähigkeit, so sind zwar die eigenen Behörden an den Verleihungsakt gebunden, doch braucht ihn der auswärtige Staat nicht anzuerkennen[5]. Etwas anderes ist der inländische, im Auslande auszuführende Verwaltungsakt. So kann die Verwaltungsbehörde einem Fabrikbesitzer ihres Bezirkes aufgeben, auf benachbartem auswärtigem Staatsgebiet eine Kläranlage zu errichten, wenn die Verfügung so gemeint ist, daß die auswärtige Behörde vorher genehmigt[6].

---

[1] Über die Unterscheidung des Textes im Entwurf eines preußischen Selbstverwaltungsgesetzes vgl. H. PETERS im VerwArch. 35 (1930) S. 338f.

[2] Vgl. v. LISZT-FLEISCHMANN Völkerrecht[12] 1925 S. 197ff.

[3] PrOVG. 12. Juni 22, Entsch. 77, 341ff.

[4] System des heutigen römischen Rechts VIII 1849 S. 108.

[5] RG. V. 5. Jan. 16, Gruch. 60 (1916) S. 679ff. Vgl. ferner KG. 21. Okt. 27, RVerwBl. 49 (1928) S. 618f.; BadVGH. 27. Apr. 27, BadVerwZ. 1927 S. 172ff.

[6] PrOVG. 28. Nov. 16, Entsch. 72, 277ff. Anderes Beispiel HessVGH. 24. Jan. 25, Entsch. 7, 65ff.

Das über ausländische Staaten Gesagte gilt auch im Verhältnis der deutschen Länder untereinander, nur daß hier das Reichsrecht eine weitergehende Ermächtigung schaffen kann. So vermag das Land einen lästigen Ausländer von sich aus nur aus dem eigenen Gebiete zu entfernen, aber kraft reichsrechtlicher Ermächtigung im § $39^2$ StGB. kann die höhere Landespolizeibehörde den unter Polizeiaufsicht gestellten Ausländer aus dem ganzen Reichsgebiet ausweisen. Ebenso ist es nur dem Reichsrecht zuzuschreiben, daß die von einer Landesbehörde verfügten gewerbepolizeilichen Untersagungen und Genehmigungen im ganzen Reiche gelten[1]. Dagegen ist bei Übertragung des Grundsatzes auf das Verhältnis zwischen den Verwaltungsbezirken des gleichen Staates Vorsicht geboten, da die Zuständigkeiten statt nach rein räumlichen Gesichtspunkten auch nach Zweckzusammenhängen geordnet sein können. Wenn die preußischen Polizeibehörden für alles zuständig sind, was im besonderen Interesse der Gemeinden (Amtsbezirke, Kreise, Regierungsbezirke, Provinzen) und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß, so gestattet die Ermächtigung auch ein Vorgehen gegen Störungen von außen her[2].

Außer der negativen Bedeutung hat aber die Anerkennung eines „Sitzes“ des durch Verwaltungsakt zu regelnden Rechtsverhältnisses auch eine positive. Maßgebend für die Beurteilung der Gültigkeit oder der Tragweite eines Verwaltungsakts ist die Rechtsauffassung des Landes, das ihn örtlich zuständigerweise erlassen hat. So vertritt der österreichische Oberste Gerichtshof unbeirrbar die Meinung, daß die nach 1918 häufig vorgekommenen Befreiungen vom Ehehindernis des bestehenden Ehebandes unwirksam, die auf Grund der Befreiung geschlossenen sog. Dispensehen nichtig sind. Diese Ansicht bindet auch die deutschen Behörden, z. B. in Staatsangehörigkeitsfragen, selbst wenn sie ihr nicht beipflichten[3]. Die Vermeidung eines Widerstreits der Meinungen ist hier wichtiger als deren sachliche Richtigkeit. Deshalb muß sich unter Umständen die preußische Behörde der Rechtsauffassung einer außerpreußischen Behörde sogar über die Auslegung von Reichsrecht fügen. Bestritten ist z. B. die Frage, ob sich die Einbürgerung des Vaters auf den Sohn auch dann erstreckt, wenn der Sohn zwar nach dem Rechte der alten Staatsangehörigkeit, nicht aber nach deutschem Rechte unter elterlicher Gewalt steht. Bayern bejaht[4], die herrschende Ansicht verneint[5]. Handelt es sich um eine bayerische Einbürgerung, so muß die bayerische Auffassung auch für außerbayerische Behörden maßgebend sein; denn der Sohn würde zwecks Feststellung seiner bayerischen Staatsangehörigkeit den bayerischen VGH. anrufen können; der würde ihm recht geben und das rechtskräftige Urteil würde alle Behörden binden[6]. Auch die Frage der vor der Entscheidung des Staatsgerichtshofs vom 9. Dezember 1929 liegenden bayerischen Titelverleihungen gehört hierher[7]. Darf ein nach Inkrafttreten der Reichsverfassung ernannter bayerischer Kommerzienrat in Preußen wegen unbefugter Titelführung bestraft werden? Für den Strafrichter läge es nahe, nur RV. Art. $109^{IV}$ ins Auge zu fassen und den Titel für einen schlechthin verbotenen und daher die Verleihung für rechtsunwirksam zu erklären. So einfach liegt aber der

[1] Vgl. z. B. PrOVG. 14. März 29, Entsch. 84, 387f.

[2] Hierzu O. Gerland Über die örtliche Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden, VerwArch. 4 (1896) S. 197ff.

[3] Vgl. Sauer in der Z. f. Standesamtswesen 1926 S. 8ff.; BayObLG. 23. Apr. 28, SammlZ. 28, 357ff.; OLG. Karlsruhe 27. Nov. 28, BadRpr. 1929 S. 7.

[4] Woeber-Fischer RStAngG.[4] 1928 S. 70, im Anschluß an BayVGH. 23. Dez. 04, Samml. 26, 129ff.

[5] v. Keller-Trautmann RStAngG. 1914 S. 222f. — Ein anderes Beispiel bieten die widersprechenden Entscheidungen über die Berechnung der zehnjährigen Versitzungsfrist nach dem G. v. 1. Juni 1870: HambVG. 23. Juni 26, JW. 1926 S. 2862, u. BremVG. 25. Mai 26, HansRZ. 1926 Sp. 697ff.

[6] Vgl. auch RG. II 17. Okt. 19, RGZ. 96, 347ff. Ferner...h und L. in BadVerwZ. 1905 S. 237ff., 239.

[7] RGZ. 127, 25*ff. Vgl. auch oben S. 126 N. 1.

Fall nicht. Sitz des durch die Titelverleihung geschaffenen Rechtsverhältnisses ist Bayern. Wenn man nun in Bayern der Ansicht war, daß der Titel „Kommerzienrat" einen Beruf bezeichne und daher nach RV. Art. $109^{IV}$ verliehen werden könne, und wenn weiter im letzten Rechtszuge bayerische Gerichte über die Frage zu entscheiden hatten, da unbefugte Titelführung eine Übertretung ist und daher in der Regel nicht bis ans Reichsgericht gelangt, so darf nicht ein außerbayerisches Gericht das bayerische Rechtsverhältnis als Vorfrage des Strafurteils anders beurteilen als die bayerischen Behörden. Anders läge der Fall, wenn die bayerische Regierung einem außerhalb Bayerns wohnenden deutschen Großindustriellen den Kommerzienrattitel verliehen hätte. Hier würde Bayern nicht mehr die ausschließliche Zuständigkeit für sich in Anspruch nehmen können, das Rechtsverhältnis hätte daher seinen Sitz nicht ausschließlich in Bayern und würde eine schonende Berücksichtigung außerhalb Bayerns nicht verdienen[1].

Die dritte mit der räumlichen Herrschaft der Rechtssätze zusammenhängende Frage betrifft die freiwillige Selbstbeschränkung des Gesetzgebers in räumlicher Hinsicht. Nicht darum handelt es sich hierbei, daß ein Gesetz oder eine Verordnung erklären können, daß sie nur in einem Teile des Landes oder Bezirkes gelten wollen. Ein Gesetz gelte vielmehr im ganzen Lande. Gilt es dann nur zugunsten der Interessen des Landes oder auch zugunsten außerhalb des Landes liegender Interessen? Dürfen bei der Genehmigung einer Sprengung, einer Fabrik, eines Wasserwerkes nur die Einsprüche der im Lande Wohnenden berücksichtigt werden oder auch die von der andern Seite der Grenze kommenden? Dabei sei angenommen, daß das Gesetz schweigt. Preußen huldigt hier dem Grundsatze des heiligen Egoismus. Schon 1905 erklärte das Kammergericht eine preußische Polizeiverordnung zum Schutze der damals außerhalb Preußens liegenden Pyrmonter Heilquellen um ein Haar für ungültig, schließlich nur deshalb nicht, weil in Pyrmont viele Preußen zum Kuraufenthalt weilten, die Verordnung daher mit im preußischen Interesse erlassen sei[2]. Hängt diese etwas merkwürdige Entscheidung mit der preußischen Ermächtigungsklausel für Polizeiverordnungen zusammen, nach der nur angeordnet werden darf, „was im besonderen Interesse der Gemeinden usw. und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß", so hat das frühere, jetzt in das OVG. aufgegangene Landeswasseramt den rein preußischen Interessenstandpunkt auch für wasserrechtliche Verleihungen nach §§ 46ff. des preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913 vertreten. „Sind von der beabsichtigten Benutzung des Wasserlaufs nachteilige Wirkungen zu erwarten, durch die das Recht eines anderen beeinträchtigt werden würde, und lassen sie sich durch Einrichtungen verhüten..., so ist die Verleihung nur unter der Bedingung zu erteilen, daß der Unternehmer diese Einrichtungen trifft" (§ $50^{I}$). Der Bemerkung eines Regierungsvertreters während der Beratung des Gesetzes im Abgeordnetenhause folgend, entschied das Landeswasseramt wiederholt, der außerhalb Preußens durch die beantragte Verleihung Gefährdete habe kein Widerspruchsrecht[3]. Bei der Einziehung öffentlicher Wege läßt das OVG. zwar die dagegen gerichteten Klagen außerpreußischer Gemeinden zu, betont aber ausdrücklich, es dürften in der Sache nur preußische Interessen berücksichtigt werden[4]. Ob solche Auffassungen zutreffen, läßt sich zunächst nur aus der Auslegung des einzelnen Gesetzes ermitteln. Dahinter steht aber der oberste Grundsatz, ein Gesetz nach allgemein annehmbaren Regeln auszulegen. Was wäre die Folge, wenn alle Staaten nach Preußens Muster verführen? Doch eine gegenseitige Schädigung der Grenzzonen. Bei der Anlegung von Straßen, die jeder Staat

---

[1] Vgl. auch den Fall KG. 15. Dez. 22, JW. 1923 S. 527.

[2] KG. 12. Okt. 05, KGJ. 30 C 36ff.

[3] LWA. 14. Dez. 15 u. 18. Apr. 16, PrVerwBl. 37 (1916) S. 283, 618f. Ebenso Schlegelberger in Holtz-Kreutz-Schlegelberger Pr. Wasserges. $I^{3 u. 4}$ 1927 S. 31f.

[4] PrOVG. 6. Apr. 11, Entsch. 59, 310ff.

auf seine oder seiner Gemeinden Kosten vornimmt, und bei deren Einziehung mag der preußische Standpunkt richtig sein. Fasse man dagegen einen ganz klaren Fall ins Auge: die Errichtung einer Pulverfabrik dicht an der Grenze. Würde hier die Gefahr einer Explosion für die jenseits der Grenze Wohnenden bei der behördlichen Genehmigung außer acht gelassen werden dürfen, so könnte auch der fremde Staat eine Pulverfabrik zum Schaden der preußischen Angrenzer genehmigen. Wie du mir, so ich dir! Und nun frage man, ob ein vernünftiger Gesetzgeber eine solche Folge wohl mit in den Kauf nehmen würde. Die Antwort lautet hier sicher verneinend. Beim Wasserrecht liegen die Verhältnisse jedenfalls dann ähnlich, wenn ein Staat Oberlieger und Unterlieger zugleich ist. Aber selbst wenn er nur Oberlieger ist, könnte der tiefergelegene Nachbarstaat sich durch Genehmigung von Stauanlagen rächen, die den oberen Wasserlauf ungünstig beeinflussen. Also auch hier führt der „heilige Egoismus" zu kaum gewollten Ergebnissen. Zudem ist es sehr fraglich, ob der staatliche Gesetzgeber hier überhaupt noch frei, und nicht vielmehr an ungeschriebene Regeln des Völkerrechts gebunden ist. Zwischen den deutschen Ländern gilt überdies außer dem analog anzuwendenden Völkerrecht[1] von den Zeiten des Deutschen Bundes her das ebenfalls analog anzuwendende gemeine Recht[2] mit seinen nachbarrechtlichen Vorschriften, insbesondere dem Interdikt „ne quid in flumine publico fiat"[3].

## VII. Gesetzesanwendung[4].

Die Lehre von der Gesetzesanwendung gehört der allgemeinen Rechtslehre an. Hier kann es sich nur um die Erörterung einiger Fragen handeln, die in der Wissenschaft oder der Rechtsprechung des Verwaltungsrechts aufgetaucht sind.

Das Gesetz anwenden heißt die Rechtsfolge ermitteln, aussprechen, verwirklichen, die das Gesetz oder eine sonstige Rechtsnorm mit einem gegebenen Tatbestande verknüpft. Das oberste Ziel jeder Gesetzesanwendung ist Einhelligkeit. Wenn ein Gesetz an bestimmte Tatbestände bestimmte Rechtsfolgen bindet, dann gibt es für den, der die Herrschaft des Gesetzes will, nichts Unerträglicheres als eine mehrdeutige Handhabung des Gesetzes. Ein Buchdrucker soll z. B. ein Pflichtexemplar an die Universitätsbibliothek abliefern; er ficht die Anforderung an, unterliegt aber vor dem OVG. Ein anderer Buchdrucker in der gleichen Stadt dringt mit seiner Klage vor dem OVG. durch. Rechtslage und Sachlage sind in beiden Fällen völlig gleich. Es leuchtet ein, daß von den beiden widersprechenden Urteilen nur eines richtig sein kann, und daß das allgemeine Rechtsbewußtsein durch derartige Widersprüche in der Rechtsprechung schwerer leiden würde als durch sachlich unrichtige Entscheidungen.

Wie der Verwaltungsrichter, oder wer sonst das öffentliche Recht handhabt, jene einhellige Entscheidung findet, läßt sich nicht allgemein sagen. Keines der bekannten Auslegungsmittel ist das einzig zulässige, kaum eines ist unbedingt zu verwerfen. Begünstigen die Gesetzesmaterialien die Einhelligkeit, so ziehe man sie zu Rate[5], gefährden sie die Einhelligkeit wegen Unklarheit oder offensichtlichen Widerspruchs mit dem endgültigen Gesetzestext, so lasse man sie bei-

---

[1] StGH. f. d. D. R. 29. Juni 25, RGZ. 112, 21*ff.

[2] Austrägal-Ordnung v. 16. Juni 1817 III 7.

[3] Vgl. NEUMEYER Ein Beitrag zum internationalen Wasserrecht, Festschr. f. COHN 1915 S. 143ff. THOMA, HdbDStR. I 1930 S. 178 Anm. 15, beachtet wohl nicht, daß uns ein modernes Reichswasserrecht noch fehlt. — Nicht auf dem Standpunkte des „heiligen Egoismus" steht OldOVG. 29. Okt. 08, OldZ. 35 (1909) S. 155ff.

[4] Zum folgenden vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 157ff., ferner: Schöpferische Rechtswissenschaft, Kieler Rektoratsrede 1928.

[5] Z. B. PrOVG. 26. Sept. 21, Entsch. 77, 519f.; BadVGH. 13. Nov. 22, BadVerwZ. 1923 S. 18ff.; ThürOVG. 5. Mai 22, Jahrb. 9, 65ff. Vgl. auch ThürOVG. 18. Febr. 31, ThürRdsch. 8 (1931) Sp. 437 (Auskunft der Regierung).

seite[1]. Auch die Rechtsvergleichung kann Zweifelsfälle lösen[2]. Zeigt sich, daß andere deutsche Länder oder das Reich die Zurücknahme eines Verwaltungsaktes bei Widerrufsvorbehalt unbeschränkt zulassen, so ist damit viel für die Lösung der preußischen Streitfrage im gleichen Sinne gewonnen. Trotz aller, nur zum Teil berechtigten, Angriffe gegen den „Kult des Logischen" wird die logische Schlußfolgerung, namentlich auch der Umkehrschluß, in vielen Fällen unentbehrlich sein, so wenn man die Entlassung eines Beamten auf Antrag scharf von seiner Entfernung aus dem Amte unterscheidet und jene der richterlichen Überprüfung freigibt, da das Gesetz nur diese ihr entzieht[3]. Die Logik gehört eben auch zu den Anschauungen, denen das Gesetz Rechtssatzwirkungen beilegt. Wohlverstandene Interessenabwägung ist es, wenn die Rechtsprechung den Widerruf einer Bauerlaubnis nicht mehr zuläßt, sobald der Erlaubnisempfänger mit dem Bau begonnen hat[4], oder wenn die Gerichte einen Verwaltungsakt wegen Fehlerhaftigkeit lieber als nichtig behandeln, als den Bürger ganz ohne gerichtlichen Rechtsschutz zu lassen[5]. Allerdings unterliegen die verschiedenen Auslegungsmittel geschichtlichen und gegenständlichen Beschränkungen. Soll heute festgestellt werden, was vor fünfzig Jahren Rechtens war, müssen die logischen und die aus der Entstehungsgeschichte schöpfenden Auslegungsmittel fast ausschließlich angewandt werden, da damals die freiere Rechtsfindung noch nicht üblich war, die Tendenz zur Einhelligkeit durch deren Anwendung daher gefährdet worden wäre. Aber auch gegenständlich sind die einzelnen Auslegungsmittel nicht gleichwertig, da die einen weniger als die andern die Einhelligkeit der Entscheidung gewährleisten. Es ist nun einmal eine Eigentümlichkeit des menschlichen Geistes, daß den Werterwägungen leichter etwas Subjektives anhaftet als den Erwägungen der reinen Erkenntnis. Allerdings gibt es Wertbetrachtungen, die so unbedingt einleuchten, daß sie kaum unsicherer sind als logische, so, daß der Widerruf einer endgültig erteilten Erlaubnis härter wirkt als deren Versagung von Anfang an, oder daß eine durch unrichtige Nachweise erzielte Vergünstigung einen geringeren Bestand haben muß als eine bei richtiger Kenntnis der Tatsachen erteilte. Deshalb ist es aber doch eine der Schwierigkeit der Frage nicht gerecht werdende Übertreibung, die sog. teleologische Auslegung als die einzig mögliche Art der Auslegung hinzustellen[6]. Wohl gibt es eine allgemeine Zweckgebundenheit der Auslegung, nur daß der Endzweck nicht Höchstwertigkeit der Entscheidung im Einzelfalle heißt, denn darüber werden die Meinungen meist weit auseinandergehen, sondern Einhelligkeit.

Die Erkenntnis, daß die Entscheidung richtig ist, die vermutlich auch von jeder andern frei entscheidenden Stelle getroffen werden würde[7], läßt es nicht zu, einige bestimmte Auslegungsmittel im Verwaltungsrecht unbedingt zu verwerfen. Dies gilt namentlich vom Schlusse vom Zweck aufs Mittel und von der Analogie zuungunsten des einzelnen.

Das Allgemeine Landrecht, vorschauend wie immer, bestimmt im § 89 der Einleitung: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann." Nun entstand einmal die Frage, ob der einzelne verpflichtet sei, der Polizeibehörde auf Anfrage Auskunft zu geben. Das OVG. bejahte, da die Polizei berufen sei, Gefahren abzuwenden, und diese Befugnis unter Umständen nur dann ausgeübt werden könne, wenn sie auch befugt sei,

---

[1] PrOVG. 7. Okt. 15, PrVerwBl. 37 (1916) S. 521f.; PrOVG. 31. Mai 23, Entsch. 78, 441f.

[2] Vgl. ThürOVG. 7. Juli 20, Jahrb. 8, 90ff.

[3] OLG. Karlsruhe 30. Nov. 21, BadRpr. 1922 S. 25ff.

[4] S. oben S. 144.

[5] Morawitz in BraunschwZ. 66 (1919) S. 105f.

[6] E. v. Hippel Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. Beiträge zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung 1924. Dazu meine Besprechung im ArchÖffR. N. F. 9 (1925) S. 361ff.

[7] Vgl. die ausgezeichneten Ausführungen von Carl Schmitt Gesetz und Urteil 1912 S. 71ff.

Auskunft zu verlangen[1]. Man hat die Beweisführung bekämpft, da auf diese Weise dem Bürger ungeahnte Lasten auferlegt werden könnten[2]. Aber die Möglichkeit liegt schon in der weitgehenden Ermächtigung der Polizei, nicht in einer fehlerhaften Schlußfolgerung. Der Schluß vom Zweck aufs Mittel ist auch nicht etwa eine Eigentümlichkeit des preußischen Rechts, sondern wird auch von der Wissenschaft anderer Rechte anerkannt[3] und gilt vor allem in Amerika als Begründung der Lehre von den „eingewickelten Gewalten" (implied powers) der Union in ihrem Verhältnis zu den Einzelstaaten[4]. Bei Anwendung des Schlusses zugunsten des einzelnen trägt man denn auch kein Bedenken gegen seine Zulässigkeit[5]. Aber auch bei seiner Anwendung zur Geltendmachung verborgener Pflichten des einzelnen ist nicht er zu tadeln, sondern höchstens das Gesetz, das es verabsäumt hat, die Grenzen zwischen Pflicht und Nicht-Pflicht klar zu umreißen. Gehandhabt wird der Schluß namentlich auf dem Gebiete der Kommunalaufsicht, die nach Ansicht des OVG. der Aufsichtsbehörde alle Befugnisse an die Hand gibt, die erforderlich sind, um die Kommunalverwaltung in geordnetem Gange zu erhalten[6]. Trotz seiner Beziehung zu einem Zwecke ist der Schluß ein rein logischer, eindeutiger Schluß. Es ist daher nicht richtig, daß er den Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchbricht, wie neuerdings behauptet wird[7].

Ebenso ist der Analogieschluß im Verwaltungsrecht gestattet. Da Analogie soviel ist wie Sinngemäßheit, bestehen gegen analoge Folgerungen zugunsten des einzelnen überhaupt keine Bedenken, zumal auch im Strafrecht, das die zuungunsten des Täters angewandte Analogie verwirft[8], die Analogie zugunsten des Täters gestattet ist[9]. So läßt das preußische Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 gegen die dienstlichen Strafverfügungen des Bürgermeisters die Beschwerde an den Regierungspräsidenten und gegen dessen Beschluß die Klage beim OVG. zu. Einmal verfügte ein städtischer Polizeidirektor eine Ordnungsstrafe. Obgleich nach dem Wortlaute des Gesetzes eine verwaltungsgerichtliche Klage unstatthaft war, ließ das OVG. eine solche sinngemäß zu, damit Kläger wenigstens die Unzuständigkeit des Polizeidirektors vor dem OVG. geltend machen konnte[10]. Ein hamburgisches Steuergesetz betraute die Reichsfinanzbehörden mit der Verwaltung der Steuer und der Streitentscheidung, im letzten Rechtszuge den Reichsfinanzhof. Wider Erwarten gab aber der Reichsminister der Finanzen dem Antrage des Senats, den Reichsfinanzhof als oberste Spruchbehörde zu bestellen, nicht statt. Sollte jetzt das Finanzgericht im letzten Rechtszuge entscheiden oder das bis dahin zuständig gewesene Hanseatische Oberlandesgericht? Sinngemäße und durchaus zulässige Auslegung sprach für die zweite Möglichkeit, da es sonst an dem doch offenbar gewollten zweiten gerichtlichen Rechtszuge gefehlt hätte[11]. Aber auch zuungunsten des Bürgers sind verwaltungsrechtliche Analogien denkbar und zulässig. Der für den schwersten Eingriff, die Strafe, geltende Satz von der Unzulässigkeit der analogen Ausdehnung auf nicht vorgesehene Tatbestände (Elektrizitätsdiebstahl!) berechtigt nicht zum Schlusse, daß die Analogie auch für die minder

---

[1] PrOVG. 8. Okt. 87, Entsch. 15, 425 (ohne ausdrücklichen Hinweis auf das ALR.). Vgl. auch SächsOVG. 17. Febr. 27, Jahrb. 32, 90ff., ferner RG. III 4. Febr. 29, GoltdArch. 74 (1930) S. 18 (Abnahme e. eidesst. Versicherung), dann unten S. 417.

[2] Otto Mayer I[1] S. 283f. N. 20.

[3] Unger System d. österr. allg. Privatrechts I § 13 B 1.

[4] L. B. Evans Leading Cases on American Constitutional Law[2] 1925 S. 50ff.

[5] PrOVG. 19. Febr. 98, Entsch. 33, 454.

[6] PrOVG. 14. März 99, Entsch. 35, 118; s. a. unten S. 532ff.

[7] H. Peters S. 23ff.

[8] Aus neuerer Zeit BayObLG. 7. Febr. 27, DJZ. 1927 Sp. 1046.

[9] Vgl. Binding Handbuch des Strafrechts I 1885 S. 220ff.

[10] PrOVG. 30. Juni 13, Entsch. 65, 424ff.

[11] Vgl. Jacobsen in HansRZ. 1921 Sp. 957ff.

schweren Eingriffe des Verwaltungsrechts unbedingt unzulässig sein müßte[1]. Wohl wird man im Rechtsstaate gewisse Hemmungen gegen freigebige Analogien empfinden, und diese Hemmungen werden die zuungunsten des einzelnen zu handhabende Analogie seltener machen. Es gibt aber auch Fälle, wo die Notwendigkeit der Analogie so unmittelbar einleuchtet, daß man sich ihr nicht entziehen kann. Ein Brückengeldtarif setzt z. B. das Brückengeld für einen von einem Pferde gezogenen Wagen auf 5 Pfennig, für einen von zwei Pferden gezogenen Wagen auf 10 Pfennig fest usw. An Kraftfahrzeuge dachte man beim Erlasse nicht. Soll nun etwa der Kraftwagen die Fahrt frei haben? Doch augenscheinlich nicht, vielmehr muß die Gebühr nach Maßgabe seiner Größe entrichtet werden. Nach § 33a GewO. bedarf, wer gewerbsmäßig „Schaustellungen von Personen" veranstaltet, der polizeilichen Erlaubnis. Gedacht ist an Zwerge, Riesendamen u. dgl. Fallen auch Tänze darunter? Dem Sprachgebrauch würde man mit der Bejahung unerträglichen Zwang antun. Aber sinngemäß trifft auch auf Tänze ohne Kunstwert der Zweck des Gesetzes zu, dem Überhandnehmen der Tingel-Tangel zu steuern; daher sind auch sie erlaubnispflichtig[2].

Sinngemäße Gesetzesanwendung ist es auch, wenn ein Verwaltungsgericht einer Gesetzesumgehung entgegentritt. In neuester Zeit tat dies das OVG. bei der Bildung von Eigenjagdbezirken. Nach § 4 der preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907 können Eigenjagdbezirke aus solchen demselben Eigentümer, beim Miteigentume denselben Miteigentümern gehörigen Grundflächen gebildet werden, die einen land- oder forstwirtschaftlich benutzbaren Flächenraum von wenigstens 75 Hektar einnehmen und in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen werden. Unter früherer Billigung des OVG.[3] hatte sich der Brauch herausgebildet, daß sich mehrere Eigentümer von insgesamt 75 ha Flächenraum zusammentaten, sich gegenseitig das Miteigentum an ihren Grundstücken zu je $^1/_{100}$ oder $^1/_{1000}$ aufließen und sich so nach dem Buchstaben des Gesetzes vor der Zwangsverpachtung schützten. Sinngemäß war aber dies Verfahren sicher nicht, denn der Miteigentümer zu einem Bruchteil von $^1/_{1000}$ ist, wirtschaftlich betrachtet, kaum mehr Eigentümer, das Gesetz will aber offenbar wirtschaftliche Einheiten begünstigen, nicht formaljuristische. Daher tat das OVG. gut daran, seine frühere Auffassung zu verlassen und die geschilderte Bildung von Schein-Eigenjagdbezirken für unwirksam zu erklären[4]. Ebenso nützt die Wiederaufnahme des dem bisherigen Unternehmer nach § 35 GewO. untersagten Betriebes einer Badeanstalt durch einen Strohmann dem Unternehmer nichts, da die zuständige Polizeibehörde kraft sinngemäßer Gesetzesauslegung dem Strohmann die Weiterführung des Betriebes verbieten kann[5]. Aber auch dem Staat ist Gesetzesumgehung verwehrt. Würde ein Land, um die den andern Ländern zustehende Widerspruchsmöglichkeit auszuschalten, einen Ausländer, statt ihn einzubürgern, zwecks Verleihung der Staatsangehörigkeit der Form nach zum Beamten ernennen, ohne seine Dienste wirklich in Anspruch zu nehmen, so würde die Ernennung als nicht ernstlich gemeint unwirksam sein.

Ist demgemäß analoge Rechtsanwendung auch im Verwaltungsrecht gestattet, so darf man auch die Frage nach der Zulässigkeit analoger Heranziehung des bürgerlichen Rechts stellen.

---

[1] So ANSCHÜTZ im VerwArch. 14 (1906) S. 329ff.

[2] PrOVG. 21. Apr. 21, Entsch. 76, 451ff.; vgl. auch PrOVG. 9. März 22, Entsch. 77, 451ff. (Lassowerfer), ferner W. JELLINEK Schöpferische Rechtswissenschaft 1928 S. 11f. u. JW. 1929 S. 377 über einen jetzt durch ÄndG. z. EinkStG. v. 29. Juni 29 geklärten Fall.

[3] PrOVG. 17. Mai 15, Entsch. 69, 353ff.

[4] PrOVG. 22. Febr. 23, Entsch. 78, 370ff.; dazu v. DASSEL, ELZE u. EBNER im PrVerwBl. 46 (1925) S. 255ff., 361, 552f.

[5] PrOVG. 10. Jan. 16, PrVerwBl. 37 (1916) S. 731ff. Vgl. ferner PrOVG. 26. Jan. 28, Entsch. 82, 425ff.; meckl.-strel. StädteO., ÄndG. v. 25. März 31, § 59a$^{III}$ (in Anlehnung an AO. § 5).

Manchmal verweisen öffentlichrechtliche Gesetze ausdrücklich auf Vorschriften des BGB., so § 64 AO.: „Für die Berechnung einer Frist gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs". Vielfach kommen bürgerlichrechtliche Begriffe in einem Verwaltungsgesetze vor oder arbeitet ein Verwaltungsrechtsgrundsatz mit ihnen. Der Polizei gegenüber ist der „Eigentümer" für die Polizeimäßigkeit einer Sache verantwortlich. Wer Eigentümer ist, sagt begreiflicherweise nicht das Verwaltungsrecht, sondern das BGB. Auch die privatrechtlichen Bindungen beim Gesamteigentume hat die Polizei zu beachten; sie darf von mehreren Miterben nicht einen einzelnen herausgreifen, sondern muß sich an alle gemeinsam halten[1]. Oder eine Steuerordnung unterwirft Grundstücke nebst „Zubehör" einer Steuer. Auch hier ist offenbar der Zubehörbegriff des BGB. gemeint[2]. Nur muß man gerade im Steuerrecht vorsichtig sein, da die stark betonte Pflicht zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung eines Steuergesetzes (AO. § 4) unter Umständen dazu nötigt, einen bürgerlichrechtlichen Begriff kraft Zweckzusammenhangs steuerrechtlich umzudeuten[3]. So kann ein Vertrag bürgerlichrechtlich wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig und doch ein Vertrag im Sinne eines Steuergesetzes sein. Eigentümer im Sinne des Steuerrechts ist der Eigenbesitzer und nur er. Der Eigentümer einer unwiederbringlich gestohlenen Sache kann daher nicht mehr als Eigentümer besteuert werden[4].

Wie nun, wenn die Gesetze schweigen? Das bürgerliche Recht ist in einem feindurchdachten Gesetzbuch kodifiziert, das Verwaltungsrecht besteht aus einer großen Anzahl unzusammenhängender Gesetze. Da liegt die Versuchung nahe, immer dann auf das BGB. zurückzugreifen, wenn der Verwaltungsrechtssatz versagt. Das Verfahren ist zulässig und unzulässig je nach der Lage des Falles. Auch hier muß der Grundsatz von der möglichst zu erzielenden Einhelligkeit den Weg weisen. Wenn die Ähnlichkeit der öffentlichrechtlichen Frage mit einer bürgerlichrechtlichen unmittelbar in die Augen springt und die Heranziehung des bürgerlichen Rechts den Fall glatt entscheidet, wäre es unverständig, die vom BGB. dargebotene Hilfe nicht zu ergreifen. So gilt die Fristenberechnung des BGB. auch in Fällen, die außerhalb der Zuständigkeit des Reichs zur Gesetzgebung liegen, selbst dann, wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich ausspricht. Bei der Frist zur Einreichung der Wahlvorschläge z. B. wird der letzte Tag mitgerechnet (§ 188); fällt bei einer Wahlanfechtungsfrist der letzte Tag auf einen Sonntag, so endigt sie erst mit dem nächstfolgenden Werktag (§ 193)[5]. Denn die Fristenberechnung hat nichts eigentümlich Privatrechtliches an sich und gilt daher, einmal gesetzlich festgelegt, sinngemäß für alle Rechtsgebiete. Auch zwischen Beamtenrecht und Dienstvertrag bestehen Zusammenhänge. Das Beamtenverhältnis gehört zwar dem öffentlichen Rechte an. Aber seine Verwandtschaft mit dem Dienstrecht des BGB. zeigt sich darin, daß vielfach Beamte und Angestellte mit den gleichen Verrichtungen betraut werden. Die Diensträume seien feucht und schlecht geheizt. Ein Angestellter und ein Beamter erkranken. Der Angestellte hat einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 618$^{\text{III}}$ BGB. Das Beamtenrecht enthält keine entsprechende Bestimmung, aber niemand würde es verstehen, wenn der Beamte nicht genau so behandelt würde wie der Angestellte. Die Gerichte wenden daher § 618 BGB. ohne Bedenken sinngemäß auf das Beamtenverhältnis an[6]. Auch die Haf-

---

[1] BraunschwVGH. 4. Juli 23, BraunschwZ. 70 (1925) Beil. S. 1.

[2] PrOVG. 22. Jan. 12, Entsch. 62, 259ff.

[3] Vgl. insbesondere BALL Steuerrecht und Privatrecht 1924; LION Steuerrechtliche Wirtschaftsbegriffe, VJSchrSteuFinR. 1 (1927) S. 132ff; BOETHKE in JW. 1928 S. 942ff.

[4] E. BECKER AO[7]. § 80 Anm. 1.

[5] HessVGH. 27. Okt. 23, Entsch. 6, 82ff.; BayVGH. 30. Sept. 25, Samml. 46, 59ff.

[6] RG. III 15. Dez. 16, Gruch. 61 (1917) S. 663ff.; RG. III 12. Mai u. 16. Juni 25, RGZ. 111, 22f. u. 178ff. Vgl. auch MARTINI Staatshaftung für ungesunde Dienstwohnungen, Beamt.-Jahrb. 1928 S. 1ff. Die häufig vorkommende Wendung, das BGB. werde nicht analog angewandt,

tung für den Erfüllungsgehilfen (BGB. § 278) eignet sich zur analogen Anwendung im öffentlichen Recht. Ein unbemittelter Kranker z. B. wurde einmal in der städtischen Poliklinik mit einer giftigen Salbe eingerieben und starb. Obgleich er zur Stadt in einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis stand, ließ das Reichsgericht die Stadt nach BGB. § 278 haften, da dessen Nichtanwendung eine unerträgliche Lücke bedeuten würde[1]. Solch in die Augen springende Ähnlichkeit zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht fehlt aber meist dann, wenn der Staat obrigkeitlich tätig ist. Das Rechtsgeschäft des geisteskranken Privatmannes und der Verwaltungsakt des geisteskranken Beamten bieten nur äußerliche Ähnlichkeiten. Der geisteskranke Privatmann soll durch die Nichtigkeit des von ihm geschlossenen Vertrages in seinem Vermögen geschützt werden, für den geisteskranken Beamten kommen beim Erlasse eines Verwaltungsaktes derartige Erwägungen nicht in Frage, auch bieten Rechtsmittel und Eingriffsbefugnis der vorgesetzten Behörden anderweitige Möglichkeiten zur Beseitigung des etwa angerichteten Unheils. Auch die Vorschriften des BGB. über die nachträgliche Heilung von Rechtsgeschäften durch Genehmigung des Mitwirkungsberechtigten lassen sich auf das öffentliche Recht nicht unbesehen übertragen. Wenn das Gesetz sagt, eine Polizeiverordnung dürfe nur mit Zustimmung des Bezirksausschusses erlassen werden, so soll dem Bezirksausschuß die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Verordnung vor deren Erlaß gegeben werden; die nachträgliche Genehmigung trägt diesem Gedanken nicht Rechnung[2], namentlich besteht die Gefahr, daß der Bezirksausschuß um des lieben Friedens willen die vollendete Tatsache billigt, obgleich er sich, vorher gehört, unbedingt gegen die Verordnung ausgesprochen hätte. Ebenso liegt der Fall, wenn ein einzelnes Magistratsmitglied statt des Magistrats einen Einspruchsbescheid erläßt und der Magistrat nachträglich zustimmt. Diese Genehmigung macht den Verwaltungsakt nicht zu einem solchen des Magistrats[3]. Auch für die Erschleichung eines Verwaltungsakts gelten nicht die Vorschriften des BGB., wonach die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung binnen Jahresfrist erfolgen muß (§ 124[I]), denn die Interessenlage ist im öffentlichen Recht eine andere als im Privatrecht, analoge Anwendung einer Rechtsnorm setzt aber Gleichheit in den wesentlichen Punkten voraus. Wohl zu scheiden hiervon sind die im BGB. verstreuten öffentlichrechtlichen Bestimmungen, z. B. die über die Ehelichkeitserklärung. Die Ehelichkeitserklärung ist ein Verwaltungsakt, folglich kann man die Bestimmungen des BGB. hierüber ohne Gefahr sinngemäß auf andere Verwaltungsakte anwenden[4].

Mit der Frage der Analogie hängt eng zusammen die Frage nach den Lücken im Verwaltungsrecht[5] und nach deren Ausfüllung durch schöpferische Rechtsprechung. Nimmt man das Wort Lücke im Sinne einer an das Recht zu stellenden, aber nicht erfüllten Forderung, so gibt es solche Lücken zweifellos. So wird es vielfach als Lücke empfunden, daß die einmal erteilte Einbürgerung auch wegen vorgekommener Fehlerhaftigkeiten nicht widerrufen werden kann[6].

sondern dem BGB. nur ein verwandter Rechtsgedanke für das Beamtenrecht entnommen (z. B. RG. III 17. Dez. 29, WarnRG. 22 S. 108f.) will nur besagen, daß die Vorschrift Beamtenrecht, bei Landesbeamten also Landesrecht bleibt und daher an den Eigenschaften des Reichsrechts, wie unbedingte Zulässigkeit des Rechtsmittels der Revision, keinen Anteil hat.

[1] RG. III 8. Jan. 26, RGZ. 112, 290ff. Vgl. auch RG. III 20. Apr. 20 u. VII 7. Okt. 30, RGZ. 98, 341ff. u. 130, 97ff.; OLG. Naumburg 11. Apr. 19, JW. 1919 S. 840; ferner PrOVG. 28. Apr. 27, Entsch. 82, 305ff. (Vereitelung des Eintritts einer Bedingung); PrOVG. 6. Juni 28 u. 13. Juni 29, Entsch. 83, 144ff. u. 84, 301 ff. (Treu und Glauben); SächsOVG. 16. Juni 27, JW. 1928 S. 1469f. (Verzugszinsen; s.a. unten S. 239 N.1); ÖVerfGH. 8. Mai 1928, JBl. 57 (1928) S. 422f. (Gattungsschuld).

[2] KG. 10. Febr. 08, „Die Polizei“ 6 (1909/10) S. 213f.

[3] PrOVG. 3. März 16, Entsch. 72, 48ff.

[4] Vgl. W. JELLINEK in der Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 91ff.

[5] Hierzu Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 176f. und insbesondere ANSCHÜTZ im VerwArch. 14 (1906) S. 315ff.

[6] PrOVG. 23. Juni 86, Entsch. 13, 408ff.

Dagegen gibt es Lücken vom Standpunkte des geltenden Rechtes nicht. Auch bei noch so dunkler Gesetzeslage, auch bei noch so dehnbaren Gesetzesbegriffen, muß der einen Rechtsstreit (nicht etwa einen Ermessensstreit) entscheidende Richter doch immer das Bewußtsein haben, daß er so und nicht anders entscheiden muß und daß es für den Ausgang des Streites kein Zufall sein darf, daß gerade er und nicht ein anderer Richter den Fall bearbeitet. Immer muß er sich von dem Ideal der Einhelligkeit der Entscheidung leiten lassen. Das heißt nicht ängstliches Kleben am Gesetzestext, denn auch die Fortbildung des Rechts kann eindeutig festgelegt sein. So beging der erste Richter, der in der Inflationszeit bei der Frage des Wertzuwachses die Gleichung „Mark=Mark" aufgab, eine mutige Tat, und doch war er überzeugt, nichts anderes zu sagen, als was auch ohne ihn Rechtens war, und wäre er nicht gewesen, so hätte sicher ein anderer, vielleicht etwas später, den gleichen Grundsatz ausgesprochen wie er. Will man die zunächst nur gefühlsmäßig empfundene Erkenntnis dessen, was andern bisher verborgen war, schöpferisch nennen, dann allerdings betätigt sich auch der gute Jurist schöpferisch durch Herausarbeiten dessen, was dann auch die andern als richtig anerkennen. Aber mit dem Worte „schöpferisch" verbinden wir doch die Vorstellung von etwas Einmaligem, Unwiederholbarem, Persönlichem, und in dieser Bedeutung ist es kein schmückendes Beiwort für den streitentscheidenden Richter. Wenn das preußische OVG., wie behauptet wurde, die Befugnisse der Polizei eingeengt hätte, weil es dies für zweckmäßig hielt, obgleich die nachlandrechtliche Gesetzgebung den Polizeibegriff angeblich durchweg erweitert hatte, so wäre dies zwar schöpferische Rechtsprechung gewesen, zugleich aber auch ein unverantwortlicher Rechtsbruch zuungunsten des Staates. In Wirklichkeit steht das OVG. von Anfang an mit vorbildlicher Gesetzestreue ganz auf dem Boden des geltenden Rechtes. Auch der vielgenannte erste Artikel des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, wonach der Richter beim Fehlen einer gesetzlichen Vorschrift „nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde", enthält keine Ermächtigung zur subjektiven Rechtsschöpfung. Denn der Richter hat „bewährter Lehre und Überlieferung" zu folgen, also doch alles zu tun, um seine Entscheidung objektiv in das geltende Recht harmonisch einzugliedern. Beim Schweigen des Gesetzes und des Gewohnheitsrechts entscheidet der Richter eben nach der Natur der Sache. Die Natur der Sache ist aber nichts anderes als unentwickeltes Gewohnheitsrecht[1]. So wie der Richter beim Gesetze zu fragen hat: „Wie würde das Gesetz wohl den vorliegenden Fall entschieden haben, wenn es an ihn gedacht hätte?" und damit etwas objektiv Eindeutiges zu ermitteln trachtet, so muß er sich beim Fehlen jeder Vorschrift fragen: „Wie würde sich wohl nach den herrschenden Anschauungen und Strömungen ein Gewohnheitsrecht über den Fall gebildet haben, wenn dazu Gelegenheit gewesen wäre?" Auch diese hypothetischen Fragen gehören der erkennenden Geistestätigkeit an, bedeuten also keine Rechtsschöpfung in der edelsten Bedeutung des Wortes.

## § 8. Die Subjekte des Verwaltungsrechts.

Otto Mayer II S. 322ff., 331ff., 342ff.; Fleiner S. 104ff., 140; Hatschek S. 328ff., 352ff.; G. Meyer-Dochow S. 98ff., 105ff., 140ff.; Herrnritt S. 193ff., 210ff., 229ff., 255ff.; Kormann in AnnDR. 1911 S. 856ff., 904ff.

Kommentare zum Personenstandsgesetz von Hinschius-Boschan[4] 1909, Sartorius 1902, K. Sauer 1925, O. Stölzel[3] 1926, Zeidler[3] 1928; Sartorius Art. „Personenstand" im WStVR. III; Mess Die rechtliche Natur des Standesbeamten 1926. — Kommentare zum preußischen Feuerbestattungsgesetz von L. Schultz 1912, Pinzger 1912, Lohmann 1912, zum bayerischen von K. H. Fischer 1913, zum sächsischen von Böhme 1907; Ebeling Art. „Feuerbestattung", Lindemann Art. „Leichenablieferung" im HWBKommunalW. I u. III; Schröter Die Feuer-

[1] Gegen die Natur der Sache als Rechtsquelle Gutzwiller in der Festg. d. Univ. Freiburg (Schweiz) f. d. schweiz. Juristenverein 1924 S. 299.

bestattung als Willensfolge im deutschen Landesrecht, BayVerwBl. 78 (1930) S. 369ff.; A. ELSTER Art. „Totenrecht“ im HWBRW. VI. — OPET Art. „Namen“ im WStVR. II; TÄNZLER Namensfeststellungen und Namensänderungen, FischersZ. 28 (1905) S. 241ff.; FRIEDRICHS Namenpolizei, Stusev. 1924 S. 207ff.; WENZ u. SCHLOSSER, Doppelnamen bei Frauen, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 105ff., 214ff.; WENZ Das Recht der Änderung des Familiennamens, BayGemZ. 40 (1930) Sp. 497ff., 531ff., 586ff.; EMIG Feststellung des Familiennamens durch die Verwaltungsbehörden in Bayern? BayVerwBl. 78 (1930) S. 356ff.; MATIBA Namensrecht und Änderung von Familien- und Vornamen 1930. — CURTI Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz 1888; W. JELLINEK Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 323ff.; HAUSSMANN Der Rechtsgrundsatz der Gleichmäßigkeit im preußischen Kommunalabgabenrecht 1917; P. MEYER Das Prinzip der Rechtsgleichheit in historischer und dogmatischer Betrachtung 1923; MORSTEIN MARX Zur Frage der Rechtsgültigkeit des hamburgischen Gehaltssummensteuergesetzes, HansRZ. 1923 Sp. 829ff.; DERSELBE In memoriam der hamb. Freihafensteuer, ArchÖffR. N. F. 13 (1927) S. 121ff.; TRIEPEL Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien 1924; LEIBHOLZ Die Gleichheit vor dem Gesetze 1925; DERSELBE im VerwArch. 31 (1926) S. 231ff. und im ArchÖffR. N. F. 12 (1927) S. 1ff., N. F. 19 (1930) S. 428ff.; ALDAG Die Gleichheit vor dem Gesetze 1925; E. v. HIPPEL Zur Auslegung des Art. 109 I RV., ArchÖffR. N. F. 10 (1926) S. 124ff.; Berichte von E. KAUFMANN und NAWIASKY in VStaatsRL. 3 (1927) S. 2ff., 25ff.; C. SCHMITT Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz 1926; BREIHOLDT Das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz, PrVerwBl. 47 (1926) S. 110ff.; M. RÜMELIN Die Gleichheit vor dem Gesetz 1928 (dazu LEIBHOLZ im ArchRPhilos. 22, 1929, S. 489ff., MORSTEIN MARX i. d. ZStaatsW. 86, 1929, S. 544ff.); MAINZER Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht 1929; EMIG, DJZ. 1930 Sp. 1024ff.; KOROPATNICKI, ÖRichterZtg. 23 (1930) S. 182ff.; Aufsätze über die steuerliche Gleichheit vor dem Gesetz von VELDEN, HansRGZ. A 12 (1929) Sp. 267ff., BLUMENSTEIN, GUGGENHEIM, HENSEL u. a. in der VJSchrSteuFinR. 4 (1930) S. 325ff.; HERRFAHRDT Revolution und Rechtswissenschaft 1930 S. 112ff.; THOMA, HdbDStR. II S. 151ff.; Kommentare zu Art. 109 RV., insbes. ANSCHÜTZ[10] 1929 S. 459ff. und STIER-SOMLO in NIPPERDEY I S. 158ff. — LIERMANN Rasse und Recht, ZStaatsW. 85 (1928) S. 273ff.; BOHNE Art. „Zigeuner“ im HWBRW. VI 1929; HÖHNE Vereinbarkeit der deutschen Zigeunergesetze mit dem Reichsrecht, Heidelb. Diss. 1930. — SCHOENBORN Altersstufen und Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht, ArchÖffR. 24 (1909) S. 126ff.; SCHULTZENSTEIN Die Polizeifähigkeit der natürlichen Personen, VerwArch. 28 (1921) S. 300ff.; GERBER S. 34ff. — WOLZENDORFF u. FLEISCHMANN Art. „Frau (Stellung im öffentlichen Recht)“ im WStVR. I; EMMA OEKINGHAUS Die gesellschaftliche und rechtliche Stellung der deutschen Frau 1925; TILSE Stellung der Frau als Beamtin, Rost. Diss. 1930. — FLEISCHMANN Über das Recht der Kommunen zur Beilegung von Amtsbezeichnungen, VerwArch. 32 (1927) S. 193ff.; ZIEGER Zulässigkeit des Stadtratstitels für Beigeordnete in Thüringen, ThürRdsch. 6 (1928) S. 119ff.; H. LOENING Nochmals der Stadtratstitel, ebenda Sp. 141ff.; LOSCHELDER Die Amtsbezeichnungen der preußischen Kommunalbeamten, ZBeamtR. 1 (1929) S. 205ff.; KORMANN-LIST S. 236ff. Über die bayerischen Titelverleihungen FRHR. v. WELSER FischersZ. 63 (1929) S. 289ff., DYROFF Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 92ff., VON JAN BayVerwBl. 78 (1930) S. 68ff. und die Denkschrift der bayerischen Staatsregierung „Die bayerischen Titelverleihungen und die RV.“ 1930. — v. FRISCH Fremdenrecht 1910; NEUMEYER Internationales Verwaltungsrecht I 1910 S. 1ff.; BEUTNER Die Rechtsstellung der Ausländer 1913; LOHMANN Die Grund- oder Freiheitsrechte der Ausländer, Kieler Diss. 1913; E. ISAY Das deutsche Fremdenrecht 1923; FRAUSTÄDTER-KREUTZBERGER Das deutsche Ausländerrecht 1927; STIER-SOMLO Art. „Fremdenrecht und Fremdenpolizei“ im HWBRW. II 1927; HAHN Die amtl. Bestimmungen ü. d. Ausweisung lästiger Ausländer 1927; DERSELBE Die amtl. Bestimmungen ü. Inlandslegitimierung, Einstellung u. Beschäftigung ausl. Arbeiter 1927.

O. v. GIERKE Das deutsche Genossenschaftsrecht I—IV 1868—1913; DERSELBE Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887; DERSELBE Deutsches Privatrecht I 1895 S. 355ff., 456ff.; BERNATZIK Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person, ArchÖffR. 5 (1890) S. 169ff.; HÖLDER Natürliche und juristische Personen 1905; BINDER Das Problem der juristischen Persönlichkeit 1907; OTTO MAYER Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, Staatsr. Abhandl., Festg. f. LABAND I 1908 S. 1ff.; FRIEDRICHS Juristische Personen, VerwArch. 23 (1915) S. 1ff.; HUBRICH Begriff und Entstehung der moralischen Personen nach dem preußischen ALR., Gruch. 62 (1918) S. 1ff., 158ff.; G. HUSSERL Rechtssubjekt und Rechtsperson, ArchZivPr. 127 (1927) S. 129ff.; WANDA HANKE Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, Handlungsfähigkeit 1928; WürttVRO. 1931 S. 346ff. — SPECHT Kann e. jur. Person einen freien Beruf ausüben? HansRZ. 10 (1927) Sp. 917ff. — E. ISAY Staatsangehörigkeit der jur. Personen 1907; NEUMEYER Int. VerwRecht I 1910 S. 106ff.; E. MARBURG Staatsangehörigkeit und feindl. Charakter jur. Personen 1927; EMIG Keine Verfassungsbeschwerde nichtbayerischer juristischer Personen? BayVerwBl. 79 (1931) S. 17f. — H. ROSIN Das Recht der öffentlichen Genossenschaft 1886; G. JELLINEK Syst. d. subj. öff. Rechte[2] 1905 S. 263ff.; HUBRICH Über die Entstehung öffentlichrechtlicher Korporationen in Preußen, ArchBürgR. 33 (1909) S. 22ff.; DERSELBE Die Rechtsgrundlagen des öffentlichrechtlichen Korporationswesens in Preußen, ArchBürgR. 43 (1919) S. 1ff.; WALDECKER Über den Begriff der Korporation des

öffentlichen Rechts nach preußischem Recht 1913; A. SCHULTZE Die Rechtslage der beiden evangelischen Stifter Meißen und Wurzen 1922 S. 37ff.; H. FRANK Die öffentlichrechtl. jur. Person, Kieler Diss. 1924; VERVIER Der Landwirtschaftliche Verein in Bayern, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, BayVerwBl. 73 (1925) S. 264ff.; MORSTEIN MARX Zur Entstehungsgeschichte der Hamburger Feuerkasse, HansRZ. 1927 Sp. 641ff.; KAVEN Die Hamburger Sparcasse von 1827 (1927) S. 94ff.; R. SCHMIDT Das Leipziger Meßamt. Ein Beitrag zur Bestimmung der Rechtsnatur und Rechtsstellung öffentlicher Körperschaften 1928; SIGLOCH Die Unternehmungen der öffentlichen Hand 1929 S. 15ff. — SARTORIUS Art. „Stiftungen" im WStVR. III; BÜCHNER Art. „Stiftungen" im HWBStW. VII[4]; HATSCHEK Städtische Anstalt und städtische Stiftung, VerwArch. 19 (1911) S. 303ff.; MESS Die rechtsfähigen Stiftungen in Thüringen u. d. Aufwertung, Sächs.ThürArchR. 3 (1926) S. 321ff.; HAGEN Die Aufsicht über öffentlichrechtliche Versicherungsunternehmungen, JheringsJ. 77 (1927) S. 1ff.; FLEISCHMANN Rechtsgutachten über den Zuschuß der Stadt Weimar zu den Kosten des Deutschen Nationaltheaters (als Handschrift gedruckt) 1929 S. 11f.; v. MARTH Stiftungen, BayZ. 25 (1929) S. 237ff., 269ff. — Über die Reichsbahngesellschaft außer H. SCHULZE Das G. ü. d. Deutsche Reichsbahn 1924 und SARTER-KITTEL Die deutsche Reichsbahngesellschaft[3] 1931: LASSAR JahrbÖffR. XIV 1926 S. 186ff., 110ff.; JANZ BayZ. 1926 S. 217ff.; EMIG JurRdsch. 1926 Sp. 661f., 1927 Sp. 156f.; RESCHKE 1927; HUCH 1928; ZEISKE, Jen. Diss. 1929. — KUHLMANN Das Recht der gesetzlichen Berufsvertretungen 1908; GIESEKE Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen 1922; WAUER Die wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörper 1923; GLUM Selbstverwaltung der Wirtschaft 1925; MOST desgl. 1929; NELKEN Art. „Innungswesen" u. „Handwerkskammer" im WStVR. II; Kommentare zu Tit. VI GewO.; SCHINDLER-v. HOFMANN Körperschaftsrecht des Handwerks 1929; HOFFMANN Organisation des Handwerks[4] 1929; v. ROHRSCHEIDT Handwerksrecht 1930; BEHREND Art. „Handelskammern (Handelsvertretungen)" im WStVR. II; WENDTLAND Handbuch der deutschen Industrie- und Handelskammern u. sonst. amtl. Handelsvertretungen 1927; DERSELBE Jahrb. d. deutschen Industrie- u. Handelskammern (zuletzt 11. Ausg. 1930); KLUG in v. BRAUCHITSCH Pr. VerwGes. IV[17] 1926 S. 701ff.; HERÉUS Die deutschen Handelskammern als Glied der Verwaltung 1922; M. GOLDSCHMIDT Organisation und Kompetenz der hamburgischen Handelskammer 1922; MOST Die Selbstverwaltung der Wirtschaft in den Industrie- und Handelskammern[2] 1927; H. PETERS in v. BRAUCHITSCH Pr. VerwGes. IV[17] 1926 S. 296ff. (Landwirtschaftskammern); VON JAN (Bay.) G. ü. d. Bauernkammern 1920, Nachtr. 1925 u. 1930; WOERNER desgl.[3] 1930; JOACHIM Pr. G. ü. d. Ärztekammern 1930; BACKHAUS Das pr. Tierärztekammergesetz 1928; L. RICHTER Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung, aus der Festschr. f. EHRENBERG 1927. — ERWIN JACOBI Die Träger der Sozialversicherung und ihre Angehörigen 1916. — BOCHALLI Wassergenossenschafts- und Deichrecht[2] 1925; BAUMEISTER Organisation d. wasserwirtsch. Verbände d. pr. Sondergesetzgebung, Münst. Diss. 1930; MARQUARD Die öffentlichen Wassergenossenschaften des neuen bayerischen Wasserrechts 1910; ANSCHÜTZ Art. „Deichwesen" im HWBStW. III[4] 1926; J. v. GIERKE Art. „Deichverbände" im HWBRW. II; R. MEYER Die rechtliche Struktur der Deichverbände im old. Staatsgebiet 1926; DITTRICH Art. „Realgemeinden" im HWBKommunalW. III.

G. EGER Die Kollision mehrerer Enteignungsrechte nach preußischem Recht, EisenbE. 18 (1902) S. 164ff.; HAMPE Können Grundstücke des Staates usw. nach braunschweigischem Rechte enteignet werden? BraunschwZ. 64 (1917) S. 124ff. (dazu FLOTO 65, 1918, S. 26ff., HAMPE ebenda S. 29ff.); TOTZEK Polizeiliche Einweisung Obdachloser in Anstalten der Fürsorgeverbände, Die Wohlfahrtspflege in der Rheinprovinz 4 (1928) S. 3ff.; BAUER Die Besteuerung öffentlicher Betriebe und Verwaltungen, PrVerwBl. 48 (1927) S. 253ff.; METZ Die Besteuerung der öffentlichen Betriebe, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 87ff.; METZ Können die Finanzämter mit Zwangsmitteln gegen die Vertreter und die Beamten öffentlicher Behörden vorgehen? BayVerw.-Bl. 77 (1929) S. 305ff.; WEVER und CALMBERG Baupolizei und Reichsbahngesellschaft, R.-VerwBl. 50 (1929) S. 603f., 745f.; GEHRING Beschlagnahme und Unbrauchbarmachung von Druckschriften und die öffentlichen Bibliotheken, AnnDR. 1923—25 S. 125ff.; „Polizei und Wehrmacht", Richtlinien des Reichswehrministers v. 30. Apr. 21, HeerVBl. 1921 S. 167f.; DELIUS Befugnisse der Polizei gegenüber den Militärbehörden, „Die Polizei" 21 (1924/25) S. 217f., 274f.; EICHNER Polizei und Reichsverwaltungen, BayGemZ. 36 (1926) Sp. 177ff., 280ff., 327ff., 362ff.; DEYRER Das Verfahren zur Regelung von Kollisionen der einzelnen Staatsbehörden in ihren ressortmäßigen Funktionen, BayGemZ. 37 (1927) Sp. 424ff.

Rechtssubjekte sind Träger von Rechten und Pflichten. Sie bilden den Anknüpfungspunkt für die vom Gesetze vorgesehenen, durch Eintritt des Tatbestandes verwirklichten Rechtsverhältnisse. Wie im Privatrecht unterscheiden wir die Menschen als natürliche Personen und die juristischen Personen.

### I. Der Mensch.

Pflichtsubjekt war der Mensch im Staate von jeher, da wir uns einen Staat ohne Untertanen nicht denken können. Rechtssubjekt war er im absoluten Staate nur in privatrechtlicher Beziehung. Erst die Verwirklichung des Verfassungsstaates, die Trennung der Gewalten, die Verbriefung von Menschen- und Bürgerrechten haben den Menschen auch zum Rechtssubjekt des öffentlichen Rechtes erhoben.

**1. Geburt, Ehe und Tod.** Der Staat nimmt sich der drei Abschnitte des menschlichen Lebens: Geburt, Ehe und Tod in mannigfacher Weise an, vor allem sorgt er für ihre gehörige Beurkundung durch den Standesbeamten.

Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 trägt deutlich den Stempel der Zeit, in der es entstanden ist. Wie sein Vorgänger, das preußische Gesetz vom 9. März 1874, steht es im Zeichen des Kulturkampfes. „Die Beurkundung der Geburten, Heiraten und Sterbefälle erfolgt ausschließlich durch die vom Staate bestellten Standesbeamten" (§ 1). In der Regel ist der Gemeindevorsteher Standesbeamter, besondere gemeindliche Standesbeamte sind zulässig (§ 4). Doch darf „Geistlichen und anderen Religionsdienern das Amt eines Standesbeamten oder die Stellvertretung eines solchen nicht übertragen werden" (§ $3^{IV}$). Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, der zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschließung schreitet, bevor ihm nachgewiesen wird, daß die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen ist, wird außer im Falle einer Lebensgefahr mit Geld oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft (§ 67). Die Aufsicht über die Amtsführung ist doppelt gestaltet, aber immer staatlich. Sie ist gerichtlich, wenn der Standesbeamte die Vornahme einer Amtshandlung ablehnt und der Antragsteller Hilfe dagegen anruft. Im ersten Rechtszuge entscheidet das Amtsgericht, das weitere Verfahren regelt sich nach den Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit (§ $11^{III}$), der Rechtsschutz ist also, da privatrechtliche Fragen überwiegen, justizstaatlich gestaltet. Im übrigen ist die Aufsicht über die Amtsführung des Standesbeamten den Verwaltungsbehörden anvertraut, die auch Warnungen, Verweise und Geldstrafen bis zu 1000 RM gegen ihn verhängen können; doch steht es der Landesgesetzgebung frei, die Organisation der Aufsicht anders zu regeln (§ $11^{I, II}$). Die meisten Länder, namentlich Preußen, Bayern r. d. Rh., Sachsen, folgen der reichsrechtlichen Regel, in der Pfalz ist die Staatsanwaltschaft Aufsichtsbehörde, in Württemberg, Baden und Hessen sind es die ordentlichen Gerichte, in Thüringen die Amtsgerichte und das Justizministerium[1].

Der Standesbeamte führt drei Register: das Geburts-, das Heirats- und das Sterberegister. Die Eintragungen geschehen meist in der Form einer Niederschrift, z. B., daß am 10. Mai 1926 in Plön vor dem unterzeichneten Standesbeamten der dem Standesbeamten persönlich bekannte Regierungsrat X, wohnhaft in Plön, Schloßstraße 15, erschienen sei und angezeigt habe, daß von der Anna X geb. Y, seiner Ehefrau, wohnhaft bei ihm, zu Plön in seiner Wohnung am 9. Mai des Jahres tausendneunhundertsechsundzwanzig vormittags neun ein viertel Uhr ein Knabe geboren worden sei und das Kind die Vornamen Hans Ludwig erhalten habe. Sie beweisen aber nicht nur den vor dem Standesbeamten sich abspielenden Vorgang der Anzeige, sondern zugleich deren Richtigkeit (§ 15). Die gleiche Beweiskraft kommen den wörtlichen Auszügen aus den Registern zu, mittelbar auch den abgekürzten Geburts-, Heirats- und Todesscheinen, da diese Scheine beweisen, daß die Geburt, die Eheschließung oder der Sterbefall im Register unter der bezeichneten Nummer beurkundet ist (§ 15a). Grund für die Einführung der abgekürzten Scheine war vor allem die Rücksicht auf die unehelichen Kinder, bei denen der Makel der Geburt durch einen wörtlichen Auszug schonungslos aufgedeckt wird.

---

[1] Sauer PStG. 1925 S. 30ff.; thür. VO. v. 12. Jan. 26. Vgl. auch RGBl. II 1928 S. 399.

Die Vermutung der im Heiratsregister eingetragenen Eheschließung kann vor rechtskräftiger Nichtigerklärung oder Auflösung der Ehe nur im Wege der Nichtigkeitsklage widerlegt werden (BGB. § 1329), außerdem ist der Nachweis der Fälschung zulässig. Im übrigen kann gegen jeden Eintrag außer dem Nachweise der Fälschung der Nachweis der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der Anzeigen und Feststellungen erbracht werden, auf Grund deren die Eintragung stattgefunden hat (§ $15^{I}$). Die Eintragungen begründen also, wie die meisten öffentlichen Urkunden, nur eine jederzeit widerlegbare Vermutung, jederzeit widerlegbar, also auch dann, wenn das Register noch nicht berichtigt ist. Einem in Deutschland als Ausländer geborenen jungen Manne werde z. B. trotz Einbürgerung des Vaters die deutsche Staatsangehörigkeit bestritten, da er am Tage der Einbürgerung gerade 21 Jahre alt gewesen sei. Er kann nachweisen, daß er, entgegen der Eintragung, einen Tag später zur Welt gekommen ist, und demgemäß die deutsche Staatsangehörigkeit für sich in Anspruch nehmen. Da er aber bei der nächsten Gelegenheit den Gegenbeweis noch einmal führen müßte, muß ihm, muß der Allgemeinheit daran liegen, den unrichtigen Schein ein für allemal aus der Welt zu schaffen. Das Mittel hierfür ist die Berichtigung des Geburtsregisters. Der Standesbeamte darf eine solche nie von sich aus vornehmen, sondern muß eine rechtskräftige Verfügung des Amtsgerichts abwarten (FGG. §§ 69ff.). Die vorbereitenden Handlungen liegen der Aufsichtsbehörde ob (PStG. §§ 65, 66). Die Berichtigung selbst geschieht durch Beischreibung eines Vermerks am Rande der zu berichtigenden Eintragung.

Die Führung des Geburts- und des Sterberegisters ist nur möglich kraft einer öffentlichrechtlichen Anzeigepflicht der Beteiligten. Zur Geburtsanzeige innerhalb einer Woche nach der Geburt sind verpflichtet: 1. der eheliche Vater; 2. die bei der Niederkunft zugegen gewesene Hebamme; 3. der dabei zugegen gewesene Arzt; 4. jede andere dabei zugegen gewesene Person; 5. die Mutter, sobald sie dazu imstande ist. Doch sind die später genannten Personen erst verpflichtet, wenn ein früher genannter Verpflichteter nicht vorhanden oder verhindert ist (§§ 17, 18). Die Anzeige ist mündlich zu machen und vom Standesbeamten auf ihre Richtigkeit zu überprüfen (§§ 19, 21). Besondere Vorschriften gelten für die Geburten in öffentlichen Anstalten, Kasernen und auf Seeschiffen, für Totgeburten, für Findelkinder und für verspätete Anzeigen. Wer der Anzeigepflicht nicht nachkommt, wird mit Geld bis 150 RM oder mit Haft bestraft (kriminelle Strafe). Außerdem sind die Standesbeamten befugt, die zu Anzeigen Verpflichteten hierzu durch Geldstrafen anzuhalten, die für jeden einzelnen Fall den Betrag von 1000 RM nicht übersteigen dürfen (Zwangsstrafe) — ein lehrreiches Beispiel für die Häufung von krimineller und Zwangsstrafe (§ 68). Sterbefälle sind spätestens am nächstfolgenden Wochentage dem Standesbeamten des Bezirks anzuzeigen, in dem der Tod eingetreten ist. Zur Anzeige verpflichtet ist das Familienhaupt, und wenn ein solches nicht vorhanden oder an der Anzeige behindert ist, der, in dessen Wohnung oder Behausung der Sterbefall sich ereignet hat (§§ 56, 57). Die für Geburtsanzeigen erwähnten Vorschriften über die Mündlichkeit der Anzeige, über die Anzeige von Vorfällen in Anstalten, Kasernen und auf Seeschiffen, über die Prüfungspflicht des Standesbeamten und über die Strafbarkeit der Unterlassung der Anzeige gelten auch hier. Daneben gibt es landesrechtliche Vorschriften über Anzeigepflicht beim Auffinden toter Personen[1]. „Ohne Genehmigung der Ortspolizeibehörde darf keine Beerdigung vor der Eintragung des Sterbefalles in das Sterberegister stattfinden. Ist die Beerdigung dieser Vorschrift entgegen geschehen, so darf die Eintragung des Sterbefalles nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach Ermittelung des Sachverhaltes erfolgen“ (§ 60).

---

[1] Thür. VO. v. 10. Jan. 25.

Trotz all dieser Vorschriften leistet das Registerwesen doch noch nicht, was man vielfach von ihm erwartet. Zwar läßt sich Geburt, Heirat und Tod einer Person genau nachweisen, wenn man Geburtsort, Ort der Eheschließung und Todesort kennt. Aber die Feststellung, ob eine Person noch lebt, ob sie verheiratet ist, ob jemand der einzige Sohn seiner Eltern ist, bereitet unter Umständen die größten Schwierigkeiten. Einzelne Länder haben daher Familienregister oder eine Meldepflicht der Standesämter untereinander eingeführt[1]. Nach der preußischen Ausführungsverordnung vom 31. Dezember 1925[2] soll jede eheliche Geburt im Heiratsregister der Eltern, jede Heirat im Geburtsregister der Eheschließenden, jeder Todesfall im Geburtsregister des Verstorbenen vermerkt werden. Die Regelung ist noch lückenhaft, da die außerpreußischen Standesämter innerhalb Deutschlands nicht verpflichtet sind, den Vermerk zu machen, ausländische Standesämter überhaupt nicht benachrichtigt werden und ein Zwang für die Beteiligten, die nötigen Angaben zu machen, nicht besteht. Auch kommt die Verordnung, soweit sie das Geburtsregister zum Sammelpunkt der Nachrichten macht, solchen Personen nicht zugute, die unter der Herrschaft der Kirchenbücher geboren sind.

Geburt, Ehe und Tod sind auch außerhalb der Registerführung verwaltungsrechtlich bedeutsam.

Das mit der Geburt im Zusammenhang stehende Hebammenwesen wird besser beim Ärzterecht dargestellt, das Friedhofsrecht findet Anlehnung an die Gesundheitspolizei und das Recht der öffentlichen Sachen. An dieser Stelle sei nur noch die Freiheit des einzelnen über die Bestimmung seiner Nachkommenschaft und über seinen Körper nach dem Tode erörtert.

Trotz drohender Übervölkerung begünstigt der Staat den Kinderreichtum durch die dem Beamten zu gewährenden Kinderzulagen und durch erhebliche Steuervergünstigungen für den Kinderreichen. Von irgendeiner Regelung des Zeugungsvorganges hält er sich aber fast völlig zurück. Ein Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 4. Mai 1868, das jetzt in ganz Deutschland gilt, hat alle polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung aufgehoben. Dienstliche Beschränkungen bestehen noch für Wehrmachtsangehörige und einige Landesbeamte[3]; Sonderbeschränkungen für weibliche Beamte gelten seit Inkrafttreten der RV. nicht mehr (Art. 128[II]). Um die uneheliche Zeugung hat sich der verwaltende Staat überhaupt nie gekümmert. Nach den neuen Entdeckungen auf dem Gebiete der Vererbungslehre läge der Gedanke nahe, die Rassenhygiene in gesetzliche Vorschriften zu gießen. Aber die Achtung vor der Würde des Menschen und die Rätselhaftigkeit der Entstehung des Genies trotz kranker Vorfahren haben den Gesetzgeber bisher davon abgehalten, den Körordnungen entsprechende Vorschriften für Menschen zu erlassen oder auch nur die Unfruchtbarmachung des fortpflanzungsunwerten Menschen zu gestatten. Nur der Geschlechtsverkehr des Geschlechtskranken ist durch das Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927 unter Strafe gestellt (§ 5). Im übrigen hilft sich der Staat vorerst mit Belehrungen und Mahnungen[4].

Die Grenzen des Rechts am eigenen Körper nach dem Tode werden durch zwei Arten von neueren Gesetzen beleuchtet: die Gesetze über die Feuerbestattung und ein bisher als Gesetz vereinzelt gebliebenes sächsisches Gesetz über die Ablieferung der Leichen zu wissenschaftlichen Zwecken.

---

[1] Württ. Vf. v. 30. Okt. 99, RegBl. S. 893ff.

[2] GS. 1926 S. 5ff.; dazu FRIEDRICHS im PrVerwBl. 47 (1926) S. 557f.

[3] Wehrges. v. 23. März 21 § 31[Ib], BGB. § 1315[I].

[4] Vgl. Erl. d. pr. Min. f. Volkswohlfahrt v. 23. Febr. 26, Z. f. Standesamtswesen 1926 S. 82; R. FETSCHER Krankheit und Ehe, ebenda S. 232ff. Viel weitergehend waadtländ. G. ü. d. Sterilisation d. Anormalen v. 3. Sept. 28, vgl. SchwJurZtg. 25 (1928/29) S. 223f.; vgl. auch SCHWAB, „Wohlfahrts-Woche" 5 (1930) S. 383ff.

Die Einführung der Feuerbestattung hatte wegen ihres heidnischen Ursprungs zunächst mit dem Widerstande der Kirche, der katholischen wie der evangelischen, zu kämpfen. Als sie in Preußen ohne gesetzliche Grundlage eingeführt werden sollte, versagte die Polizei die Genehmigung hierzu und das OVG. bestätigte[1], da der Übergang von der althergebrachten zu der neuen Bestattungsart ohne Änderung der geltenden Vorschriften zu einer Gefährdung des Gemeinwohls führen müsse. Verhältnismäßig spät, am 14. September 1911, erging das preußische Gesetz betr. die Feuerbestattung[2]. Das Gesetz sieht zwei Genehmigungen vor: die Genehmigung der Feuerbestattungsanlage und die Genehmigung zur Feuerbestattung im Einzelfalle. Die erste Genehmigung wird nur Gemeinden, Gemeindeverbänden und solchen Körperschaften des öffentlichen Rechts erteilt, denen die Beschaffung der öffentlichen Begräbnisplätze obliegt, und auch ihnen nur, wenn der Antrag auf Errichtung der Anlage mit mindestens Zweidrittelmehrheit beschlossen wurde und die Aufsichtsbehörde zustimmt. Man sieht deutlich, wie ungern der Gesetzgeber der Forderung der Zeit nachgab. Die Genehmigung ist noch an eine Reihe von sachlichen Voraussetzungen gebunden, die u. a. der Würde der Beisetzung und polizeilichen Rücksichten dienen. Die Aschenreste müssen in einem für jede Leiche besonderen Behältnis in einer Urnenhalle oder in einem Urnengrab oder in einer anderen behördlich genehmigten Bestattungsanlage beigesetzt werden. Die Verwahrung zu Hause ist also nicht gestattet. Die Genehmigung zur Feuerbestattung im Einzelfalle ist mindestens 24 Stunden vorher bei der Ortspolizeibehörde des Verbrennungsorts einzuholen. Hierbei sind eine Reihe von Nachweisen beizubringen, vor allem eine amtsärztliche Bescheinigung, daß sich ein Verdacht, der Tod sei durch eine strafbare Handlung herbeigeführt worden, nicht ergeben, und der Nachweis, daß der Verstorbene die Feuerbestattung seiner Leiche angeordnet hat. Die Anordnung geschieht durch letztwillige Verfügung nach Maßgabe des BGB. oder durch mündliche Erklärung des Verstorbenen vor einer zur Führung eines öffentlichen Siegels berechtigten Person. Der Verstorbene muß bei der Anordnung 16 Jahre alt gewesen sein, für jüngere Personen tritt der Antrag des Inhabers der elterlichen Gewalt an die Stelle der Anordnung. Gelingt der Nachweis einer gültigen Anordnung bei einem über sechzehn Jahre alten Verstorbenen nicht, so muß die Genehmigung versagt werden. Eine Befreiung von der Vorschrift kennt das Gesetz nicht. Wenn trotzdem hin und wieder eine Feuerbestattung ohne gültige Anordnung auf Drängen der Hinterbliebenen vorkommt, so kann es sich höchstens um ein stillschweigendes Dulden der Polizeibehörde handeln, das sich aber rechtlich ebensowenig billigen läßt wie eine offene Verletzung des Gesetzes.

Das sächsische Gesetz vom 5. Oktober 1912 über die Ablieferung der Leichen zu wissenschaftlichen Zwecken regelt in Gesetzesform, was man anderweit durch dienstliche Anweisungen zu erreichen sucht[3]. Leichen, deren Bestattung nicht von Angehörigen, Erben, Vermächtnisnehmern oder anderen, dem Verstorbenen nahestehenden Personen auf eigene Kosten übernommen wird, sind zu wissenschaftlichen Zwecken, in der Regel an das anatomische Institut der Universität Leipzig, abzuliefern. Die Ablieferung geschieht 48 Stunden, die wissenschaftliche Verwendung frühestens 72 Stunden nach dem Tode oder der Auffindung der Leiche. Bis dahin kann die Bestattung übernommen werden. Für die Ablieferung sorgt, wenn der Tod in einer öffentlichen Anstalt eingetreten ist, die Anstaltsverwaltung, andernfalls die Ortspolizeibehörde. Die Bestimmung der StPO.

---

[1] PrOVG. 15. Mai 08, Entsch. 52, 290ff. Gegen die Möglichkeit polizeilichen Einschreitens Hilse im VerwArch. 13 (1905) S. 548ff.

[2] Über den Rechtszustand in andern Ländern vgl. Schröter, BayVerwBl. 78 (1930) S. 369ff., der aber das braunschw. G. v. 22. Okt. 25 und das meckl.-strel. G. v. 26. März 26 noch nicht berücksichtigt.

[3] Vgl. z. B. Pr.Min.d.I. 9. Juni 89 u. 14. Jan. 26, MinBliV. 1889 S. 132f. u. 1926 Sp. 59/60.

§ 454 V, wonach der Leichnam eines Hingerichteten seinen Angehörigen auf ihr Verlangen zur einfachen, ohne Feierlichkeiten vorzunehmenden Beerdigung unbedingt zu verabfolgen ist, geht als Reichsrecht selbstverständlich vor. Das verwaltungsrechtlich Bemerkenswerte an dem Gesetz ist die Frage, ob die Gesetzesform nötig war. Nach dem Grundsatze von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedarf jeder Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen der gesetzlichen Grundlage. Als Rechtssubjekte im strengen Wortsinne kommen nach dem Tode nur die Angehörigen oder Erben in Betracht, und sie schont ja das Gesetz. Aber nicht unbedingt, nur 48 Stunden lang, abgeschwächt noch weitere 24 Stunden, schon das macht die Gesetzesform nötig. Darüber hinaus dauert aber die Rechtsfähigkeit des Menschen nach unbefangener Anschauung des Nicht-Juristen, was den Leichnam betrifft, über den Tod hinaus. Der Verstorbene hat, wie man sagt, ein Recht auf ein ehrliches Begräbnis, er selbst, nicht nur seine Angehörigen für ihn. Diese Anschauung berechtigt zur analogen Anwendung des Grundsatzes von der Erforderlichkeit des Gesetzes für Eingriffe in die Rechtssphäre auf unsern Fall, auch wenn niemand da ist, der das „Recht“ des Verstorbenen geltend machen kann. Wo die Pflicht der Fürsorgeverbände zur Bestattung Unbemittelter gesetzlich unzweideutig ausgesprochen ist, macht schon die Beseitigung solcher gesetzlicher Vorschriften die Gesetzesform nötig[1]. Es verdient daher Anerkennung, daß der sächsische Gesetzgeber in der heiklen Frage der Leichenablieferung den geraden Weg des Rechts gegangen ist.

**2. Der Name.** Das Namensrecht gehört zu den Rechtsgebieten, in denen das öffentliche Recht einfach auf das bürgerliche verweist. Wer sich nach bürgerlichem Rechte Müller nennen darf, darf es auch der Behörde gegenüber. Auch die mit adeligen Namen zusammenhängenden Fragen (RV. Art. 109 III), etwa die nach der Biegung der Adelsprädikate[2], werden im öffentlichen Recht nicht anders beantwortet als im bürgerlichen. Einen besonderen öffentlichrechtlichen Einschlag erhält das Namensrecht erst, wenn eine Namensangelegenheit der Mitwirkung des Staates bedarf, wie bei der Gebung des Vornamens, der Namensänderung und der Feststellung des bestrittenen Namens.

Die Namensgebung nach der Geburt ist ein privatrechtlicher Akt dessen, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht. Eine öffentlichrechtliche Seite erhält sie durch die Verpflichtung, zum Geburtsregister auch den Vornamen des Kindes anzumelden (PStG. § 22 I 4). Doch hat der zur Anzeige Verpflichtete, also in der Regel der Vater, zwei Monate Bedenkzeit (§ 22 III), allerdings nur, wenn er bei der Geburtsanzeige überhaupt keinen Vornamen genannt hat, die nachträgliche Hinzufügung eines zweiten Vornamens steht ihm also nicht frei. Bei der Anmeldung des Vornamens zeigen sich auch die sachlichen Schranken der Namensgebung. Der Standesbeamte trägt nicht jeden Namen ein. Anstößige Namen, wie „Peppo Poppo“, oder lächerliche, wie „Hetwig“ als Knabennamen[3], oder die gleichen für zwei Geschwister weist er schon kraft ungeschriebenen Rechtes zurück, beliebig erfundene kraft Dienstanweisung der einzelnen Länder[4]. Die Zulässigkeit solcher Dienstanweisungen richtet sich nach Ort, Zeit und Sitte. In Zeiten nationaler Begeisterung z. B. ist es durchaus üblich, aus dem Familiennamen eines Helden einen Vornamen zu machen. Auch hier ist der entscheidende Gesichtspunkt der, ob die Namensgebung das Kind schädigt oder nicht. Verweigert der

---

[1] Anders WürttVGH. 9./16. Okt. 12, WüRV. 6 (1913) S. 270ff., auch WürttJ. 25 (1913) S. 80ff.; Heck Anatomieversorgung, ArchZivPr. 112 (1915) S. 319ff.; v. Blume Fragen des Totenrechts, ebenda S. 367ff. Vgl. zu der ganzen Frage auch LG. Bonn 16. Mai 28 mit Anmerkungen von Ebermayer und Strassmann, JW. 1928 S. 2294ff., und vor allem Schreuer Festg. f. Bergbohm 1919 S. 265f.

[2] Vgl. Badt „Die Polizei“ 26 (1929) S. 204ff.

[3] OLG. Dresden 23. März 97, Reger 18 S. 114ff.; OLG. Colmar 22. Juni 95, Reger 16 S. 88f.

[4] Z. B. Bad. Dienstvorschriften, Amtl. Ausg. 1925 § 86 I.

Standesbeamte die Eintragung, so entscheiden die ordentlichen Gerichte nach dem Gesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit (PStG. § 11[III]).

Zur Änderung des Familiennamens und des endgültig gegebenen Vornamens bedarf es immer der staatlichen Mitwirkung. In Preußen waren früher die Regierungspräsidenten zuständig, heute ist es für die Familiennamen der Justizminister, der aber die Entscheidung nachgeordneten Behörden übertragen kann und für gewisse Fälle auch schon den Landgerichtspräsidenten übertragen hat, für die Vornamen sind es die Amtsgerichte[1]. Auch die Vorbereitung zur Änderung des Familiennamens liegt in den Händen der Amtsgerichte. Soweit es zur Verhütung der Beeinträchtigung der Rechte Dritter erforderlich erscheint, kann der Justizminister die Veröffentlichung des Antrags unter Bestimmung einer Frist zur Geltendmachung von Einwendungen anordnen. Die Entscheidung des Justizministers wird vom Amtsgericht im Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger oder in einer anderen Zeitung bekannt gemacht. Wie nun, wenn die Namensänderung dennoch erschlichen ist, kann der in seinem Namensrechte Gekränkte die Unterlassungsklage nach BGB. § 12 gegen den Träger des neuen Namens erheben? Offenbar nicht, denn nach Inkrafttreten der Entscheidung des Justizministers darf dieser gar keinen anderen Namen führen als den neuen[2]. Die Klage kann also höchstens auf Schadensersatz aus Verstoß gegen die guten Sitten nach BGB. § 826 lauten mit dem Ziele, daß der Beklagte alles tue, um das schädigende Ereignis durch erneuten Antrag auf Namensänderung zu beseitigen. Daneben bleibt es dem Justizminister unbenommen, die Genehmigung zur Namensänderung wegen Erschleichung von Amts wegen oder auf Anregung des Geschädigten zurückzunehmen.

Gerade dieser Fall zeigt, daß es auch dem Staate gegenüber Mittel und Wege zur Feststellung des bestrittenen Namens geben muß. Einen Weg bietet das Geburtsregister-Berichtigungsverfahren, der aber für die vor dem PStG. und die im Auslande Geborenen nicht gangbar ist. Einen wenig angemessenen, aber immerhin gerichtlichen Rechtsschutz stellt der Schutz des Strafrichters dar. § 360[8] StGB. bedroht mit Strafe den, der sich unbefugt eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient, daneben gibt es weitergehende Bestimmungen des Landesrechts, die jede private Namensänderung unter Strafe stellen[3]. Der Freispruch eines wegen unbefugter Namensführung Angeklagten enthält dann, wenn das Gericht nicht aus subjektiven Gründen zu diesem Urteil gekommen ist, zugleich die Feststellung der Befugnis zur beanstandeten Namensführung. Eine bessere Form des Rechtsschutzes stellt die Anfechtungsklage gegen polizeiliche Verfügungen dar: die Polizei untersagt einem Bürger die Führung eines Namens, z. B. einer Frau die Führung ihres Mädchennamens neben dem durch Heirat erworbenen, auf Anfechtungsklage hebt das OVG. die Verfügung auf[4]. Die vollendetste Art der Feststellung aber wäre die durch Feststellungsklage erzielte. Die Klage darf aber nicht vor den ordentlichen Gerichten[5], etwa gegen den ja ganz unbeteiligten Fiskus, erhoben werden, sondern vor den Verwaltungsgerichten gegen den Staat. Allerdings kennen allgemeine Feststellungsklagen zur Zeit nur Hamburg und Bremen.

**3. Gleichheit und Ungleichheit der Menschen im Verhältnis zum Staate.** a) Die Gleichheit vor dem Gesetze. Nach RV. Art. 109[I] sind „alle Deutschen... vor

---

[1] VO. v. 3. Nov. 19/25. Juli 28; Allg. Vf. d. JM. 21. Apr. 20 u. 4. Dez. 28, JMBl. 1920 S. 166 u. 1928 S. 456.

[2] Beim Mißbrauch des neuen Namens im geschäftlichen Verkehr würde allerdings § 16[I] Ges. gegen d. unl. Wettbewerb v. 7. Juni 09 Platz greifen; über diese Frage allgemein KIRCHBERGER Das Wettbewerbsrecht der Gleichnamigen 1929.

[3] Z. B. Bad. PolStGB. § 44. [4] Vgl. auch PrOVG. 18. März 15, PrOVG. 70, 320ff.

[5] RG. IV 30. Jan. 19, Gruch. 63 (1919) S. 629ff.

dem Gesetze gleich". Was der Satz besagen will, ist sehr bestritten[1]. Wendet er sich nur an die Justiz und die Verwaltung oder auch an den Gesetzgeber?

Selbstverständlich wäre der Satz auch in der ersten Bedeutung nicht. Allerdings bedarf es keiner Bekräftigung durch die Verfassung, daß Gesetze ohne Ansehn der Person zu vollziehen sind. Für die gebundene Verwaltung ist der Satz bedeutungslos. Aber für die Handhabung des freien Ermessens hat er den guten Sinn, daß keine unsachlichen Unterschiede gemacht werden dürfen. Die Polizeibehörde darf eine nach freiem Ermessen zu erteilende Genehmigung nicht davon abhängig machen, daß der Antragsteller z. B. der Zentrumspartei angehört, sie darf einen Saal nicht für eine politische Versammlung wegen Baufälligkeit verbieten und für ein Tanzvergnügen gestatten[2]. Die große Frage ist nur, ob der Satz auch den Gesetzgeber bindet in dem Sinne, daß ein gegen den Satz verstoßendes Landesgesetz ungültig ist, ein ihm widersprechendes Reichsgesetz nur mit verfassungsändernder Mehrheit beschlossen werden kann. Man führt dagegen an, daß, wenn die Bindung des Gesetzgebers gewollt wäre, die ausdrücklichen Bestimmungen der Verfassung über Gleichheit von Mann und Frau, Aufhebung der öffentlichrechtlichen Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes (109$^{\text{II, III}}$), Gleichheit der Landesangehörigkeiten (110$^{\text{II}}$), Verbot der Beeinträchtigung fremdsprachiger Volksteile (113), unterschiedslose Zulassung zu den öffentlichen Ämtern nach Maßgabe der Gesetze (128$^{\text{I}}$), Unabhängigkeit des Genusses bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte und der Zulassung zu öffentlichen Ämtern vom religiösen Bekenntnis (136$^{\text{II}}$) und dgl. nicht verständlich wären, da es doch keinen Sinn habe, den Gesetzgeber ganz allgemein zu binden und dann noch einmal nach bestimmten Richtungen. Indessen, schlüssig ist diese Beweisführung nicht. Man kann erwidern, daß die Sonderbestimmungen den Grundsatz entweder einengen, so bei der bloß grundsätzlichen Gleichstellung von Mann und Frau, bei den bloß aufzuhebenden, nicht kraft Gesetzes aufgehobenen Vorrechten oder Nachteilen der Geburt oder des Standes, bei der nur nach Maßgabe der Gesetze angeordneten Zulassung zu öffentlichen Ämtern, oder erweitern, wie bei der Gleichheit der Landesangehörigkeiten, beim Schutz der fremdsprachigen Minderheiten und bei der religiösen Gleichheit, da Landesangehörigkeit, Fremdsprachigkeit und Religion an sich keine unsachlichen Unterscheidungsmerkmale sind, aber von der Verfassung als Unterscheidungsmerkmale verboten werden. Auch der Hinweis auf die Handhabung der entsprechenden Bestimmung der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850 Art. 4 schlägt nicht durch, da sich hierzu eine unabhängige Rechtsprechung nicht hat entwickeln können, überdies ein überragender Jurist, wie HAENEL, als Abgeordneter den Standpunkt einer Bindung des Gesetzgebers vertrat[3], endlich die Weimarer Verfassung keine Anlehnung an die preußische Verfassung, sondern an die demokratischen Verfassungen des Auslandes sucht; in Amerika und in der Schweiz aber wird die Bindung des Gesetzgebers durch den Gleichheitsartikel anerkannt[4]. Ferner überzeugt auch nicht der Einwand, es fehle bei Annahme einer Bindung des Gesetzgebers an einer Beurteilungsnorm. Eine solche müßte ja auch bei den nach freiem Ermessen zu erlassenden Verwaltungsakten fehlen, und doch findet man sie in dem Verbote der Unsachlichkeit. Unsachlich aber ist ein Unterschied, der nach den herrschenden Anschauungen eine Unterscheidung nicht rechtfertigt.

Nach allem Abwägen des Für und Wider muß man dem Gleichheitsartikel

[1] Vgl. die am Kopfe des Paragraphen genannten Schriften.

[2] Beispiele aus der Rechtsprechung in: Gesetz, Gesetzesanwendung S. 323ff. Vgl. auch unten § 20 III 2e.

[3] Verhandlungen des pr. Abgeordnetenhauses v. 7. April 86 S. 1728.

[4] L. B. EVANS Leading Cases on American Constitutional Law² 1925 S. 1061ff.; W. BURCKHARDT Kommentar d. schweiz. Bundesverfassung³ 1931 S. 23ff.; FLEINER Schweiz. Bundesstaatsrecht 1923 S. 280ff.

die weitere Bedeutung geben. Verboten ist demgemäß auch die Ausnahmegesetzgebung[1]. Denn es ist doch wohl ein unbestrittener Grundsatz des Rechts, daß es nicht in sich selbst widerspruchsvoll sein soll. Das Recht wäre es aber, wenn Unsachlichkeit, Willkür der Verwaltungsbehörde verboten, dem Gesetzgeber aber gestattet sein sollte. Nehme man einen ganz krassen Fall: die Verwaltungsbehörde verweigere jemand den nach freiem Ermessen zu erteilenden Fischereischein, weil der Antragsteller Kriegsteilnehmer sei. Eine Benachteiligung der Kriegsteilnehmer wird sicher von der Allgemeinheit als unsachlich empfunden, die Versagung unterliegt der Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit. Und nun stelle man sich vor, ein Landesgesetz verbiete die Ausstellung eines Fischereischeins an Kriegsteilnehmer. Niemand würde verstehen, daß ein solches Gesetz gültig sein soll, während jene Versagung, die doch den gleichen Erwägungen entsprang, gegen die Gleichheit vor dem Gesetze verstieß. Der Fall in seiner Kraßheit lehrt aber auch, daß zweifellos unsachliche Gesetze, unsachlich nach der allgemeinen Gleichheitsbestimmung, nur sehr selten vorkommen werden. In den meisten Fällen genügen die besonderen Gleichheitsbestimmungen. Öffentlichrechtliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes „sind aufzuheben" (Art. $109^{III}$). Sind sie aber einmal aufgehoben, so dürfen sie nicht wieder eingeführt werden. Also sind Sondergesetze gegen die Juden[2], die Neger, die Zigeuner als Rasse[3], die Schwarzhaarigen, die aus adeligen, insbesondere hochadeligen, Familien Stammenden unzulässig. Einem Fürstenabfindungsgesetz würde Art. $109^{III}$ trotzdem nicht im Wege stehen, da gewisse Teile des fürstlichen Vermögens Zubehör zu den öffentlichrechtlichen Vorrechten der Geburt bildeten, die nach der RV. aufzuheben sind. Unzulässig sind Sondergesetze gegen bestimmte Religionsbekenntnisse. Auch wer dem allgemeinen Gleichheitssatz die Bedeutung einer Bindung des Gesetzgebers abspricht, kommt auf dem Wege der Analogie dazu, die Gleichberechtigung der religiösen auf die der politischen Überzeugung auszudehnen, zumal die Verfassung selbst von der Religion zur Weltanschauung überspringt (Art. $146^{II}$). Groß ist also die Bedeutung des Streites um Art. $109^{I}$ nicht, aber es können doch überraschend Fälle auftreten, die eine Beantwortung der Streitfrage nötig machen.

b) Verschiedenheit des Geschlechts. Die Benachteiligung der Frau im öffentlichen Recht hat seit Inkrafttreten der Verfassung „grundsätzlich" aufgehört; denn „Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten" (RV. Art. $109^{II}$). Das „grundsätzlich" in dem Sinne von „regelmäßig" und nicht von „ausnahmslos" hebt weder ältere Gesetze auf, noch hindert es den Erlaß neuer Gesetze zum Nachteil der Frau. Wo dies der Fall sein soll, ordnet es die Verfassung ausdrücklich an, so im Art. $128^{II}$, wonach „alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte ... beseitigt" werden. In Kraft geblieben ist also z. B. die Regel, daß die Frau durch Verheiratung mit einem Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit verliert (RStAngG. § $17^{6}$), daß die verheiratete Frau zur Geltendmachung der Befugnisse aus dem Freizügigkeitsgesetz der Zustimmung des Ehemanns bedarf (§ $2^{II}$). Auch die für die Frau günstigen Bestimmungen gelten weiter, so die Befugnis der Witwe, nicht des Witwers, zur Fortführung des Gewerbebetriebs des Verstorbenen (GewO. § 46), so die Bevorzugung der Frau bei der Hinterbliebenenversorgung. Selbst die unbedingt geltende Regel

[1] So ausdrücklich Art. $73^{I}$ der Danziger Verfassung, dazu DanzObGer. 12. März 30, Danz.-JMschr. 9 (1930) S. 40f. Aus der neuesten deutschen Rechtsprechung vgl. RG. III 17. Sept. 29, RGZ. 125, 369ff.; RVA. 26. Juni 30, Entsch. 28, 453ff.

[2] Vgl. E. v. Hippel im ArchÖffR. N. F. 10 (1926) S. 145 N. 60.

[3] Bedenklich daher Schußwaffengesetz v. 12. Apr. 28 § $17^{I}$ 3, da es die Zigeuner schlechthin benachteiligt, nicht nur, wenn sie nach Zigeunerart umherziehen. Über die Zulässigkeit zigeunerrechtlicher Sonderbestimmungen allgemein die am Kopfe des § genannte Dissertation von Höhne, über das bayerische Zigeuner- und Arbeitsscheuengesetz v. 16. Juli 26 insbesondere Wachinger in DRiZ. 1927 S. 237ff. Vgl. auch unten S. 452, 481.

von der Beseitigung sämtlicher Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte sagt nicht mehr, als daß die einmal zur Beamtin ernannte Frau rechtlich ebenso gestellt sein muß wie der männliche Beamte, namentlich durch Verheiratung ihre Stelle nicht verlieren oder auf Kündigung gesetzt werden darf. Dagegen kann die Beamtenanwärterin schlechter und besser gestellt werden als ihr männlicher Mitbewerber[1]. So hat vernünftigerweise für den Unterricht in weiblicher Handarbeit die Frau den unbedingten Vorrang gegenüber dem Manne, für die Anstellung im äußeren Polizeidienst der Mann den Vorrang gegenüber der Frau. Auch bei sonstiger Handhabung des freien Ermessens darf sich die Frau nicht unbedingt auf die Gleichstellung mit dem Manne berufen. Wenn eine öffentliche Bücherei die ganze Nacht hindurch geöffnet ist, so kann es je nach der Art der Aufsicht die Schicklichkeit verlangen, daß Frauen an der Vergünstigung nicht teilnehmen. Allerdings muß jede Benachteiligung der Frau auf sachlichen Erwägungen beruhen, um rechtmäßig zu sein[2].

c) Verschiedenheit des Alters und der sonstigen geistigen Reife. Wie das bürgerliche Recht seine Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und Deliktsfähigkeit hat, so gibt es auch im Verwaltungsrecht Altersstufen und sonstige Stufen der geistigen Reife. In einer Reihe von Gesetzen hat der Staat die Geschäftsfähigkeit des einzelnen im Verhältnis zum Staate ausdrücklich geregelt, so für die Anordnung der Feuerbestattung (16. Lebensjahr), für das Wahlrecht (20. Lebensjahr), für die Bestimmung des religiösen Bekenntnisses (14. Lebensjahr); Willenserklärungen, die vor Erreichung dieser Altersstufen abgegeben werden, sind unwirksam und, soweit es sich nach Absicht des Gesetzes um höchstpersönliche Willenserklärungen handelt, auch durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht heilbar. Andere Altersstufen sind zwar als bindende Schranken für die Vornahme von Verwaltungsakten gedacht, bedeuten aber nicht Unfähigkeit des dem Staate Gegenüberstehenden. So ist weder die versehentliche Ernennung eines noch nicht 35 Jahre Alten zum Reichsgerichtsrat, noch die eines über die Altersgrenze Bejahrten zum Beamten nichtig, da man den Ernannten unmöglich die Geschäftsfähigkeit absprechen kann. Dann gibt es gesetzliche Bestimmungen, die ausdrücklich auf das BGB. verweisen. So gelten „für die Geschäftsfähigkeit von Privatpersonen ... in Steuersachen die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes" (AO. § 83$^{\text{I}}$). Anderswo verweist das Gesetz offensichtlich stillschweigend auf das BGB., nämlich dort, wo der einzelne Verpflichtungen übernimmt oder Rechtsgeschäfte vornimmt, die Einfluß auf sein Vermögen haben. Nach § 6 des preußischen Straßenreinigungsgesetzes vom 1. Juli 1912 kann für den zur polizeimäßigen Reinigung Verpflichteten ein anderer der Ortspolizeibehörde gegenüber mit deren Zustimmung durch schriftliche oder protokollarische Erklärung die Ausführung der Reinigung übernehmen. Da diese öffentlichrechtliche Pflichtübernahme im engsten Zusammenhange mit der bürgerlichrechtlichen Schuldübernahme steht, kann nur der Geschäftsfähige sie vollwirksam vornehmen, der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Ebenso sind der Eintritt eines jungen Mannes in ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis und der Antrag eines Beamten auf Entlassung aus dem Dienste Willenserklärungen mit solch weittragenden vermögensrechtlichen Folgen, daß auch hier das bürgerliche Recht sinngemäß zur Anwendung kommt. Der Minderjährige bedarf also der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, der Entlassungsantrag des geisteskranken Beamten ist nichtig[3]. Ebenso ist im Verwaltungsstreitverfahren die Prozeßfähig-

[1] Über die Praxis der Überführung weiblicher Angestellter in das Beamtenverhältnis vgl. Denkschrift des RMin. d. Fin. vom 14. Jan. 30, RTDrucks. IV. Wahlper. Nr. 1575.

[2] PrOVG. 5. Febr. 20, Entsch. 75, 381ff.

[3] SächsOVG. 5. Mai 17, Jahrb. 24, 229. Vgl. auch OLG. Kiel 9. März 29, SchleswHolst.-Anz. 1930 S. 243ff. (Zustellung einer Zwangsversetzung in den Ruhestand an einen Geisteskranken).

keit im Zweifel nach der Geschäftsfähigkeit des BGB. zu bemessen, auch wenn das Gesetz die Bestimmung der ZPO. über Gleichsetzung von Prozeß- und Geschäftsfähigkeit (§ 51) nicht ausdrücklich enthält. Daher ist der Geisteskranke, wenn er nicht entmündigt ist, nur dann prozeßunfähig, wenn er sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet (BGB. § $104^2$); die bloße Tatsache seiner Aufnahme in einer Irrenanstalt ist noch kein Beweis für die Prozeßunfähigkeit, namentlich dann nicht, wenn er gerade wegen der polizeilichen Einweisung in die Anstalt Klage erhebt[1]. Dann gibt es wieder Zusammenhänge zwischen Straffähigkeit und Geschäftsfähigkeit. So kann sich der achtzehnjährige Steuerhinterzieher der in einer Niederschrift festzusetzenden Strafe unter Verzicht auf Erlaß eines Strafbescheids unterwerfen, ohne daß es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf[2]. Auch die Verhängung einer Zwangsstrafe durch eine Verwaltungsbehörde ist nach vernünftigerweise anzuwendendem ungeschriebenem Recht nur gegen eine deliktsfähige Person zulässig. Ebenso genügt Straffähigkeit für die Entgegennahme einer Polizeiverfügung, die auf Grund eines rechtskräftigen Strafurteils ergeht[3], und auch sonst lassen sich nahe Beziehungen zwischen Polizeifähigkeit und Straffähigkeit nachweisen[4]. Dagegen läßt sich nicht behaupten, daß eine Polizeistrafverordnung nur den Deliktsfähigen trifft, vielmehr gilt sie für jedermann, nur daß die Möglichkeit einer Bestrafung von der Straffähigkeit des Übertreters abhängt. Denn überall, wo es auf die Herbeiführung tatsächlicher Zustände oder auf die Ermittelung von Tatsachen ankommt, ist die geistige Reife gleichgültig; auch das fünfjährige Kind ist fähig, als Auskunftsperson vernommen zu werden, auch der dreizehnjährige Radfahrer muß rechts ausweichen. Es gibt also keine allgemeine Verwaltungsfähigkeit, wenn man hierunter die Fähigkeit zur Entgegennahme von Verwaltungsakten und zu Erklärungen dem Staate gegenüber versteht, sondern je nach der Eigenart des Rechtsgebiets muß man auf bürgerlichrechtliche oder auf strafrechtliche Grundsätze zurückgreifen oder die Erheblichkeit der geistigen Reife überhaupt verneinen.

d) Ehrennachteile und Ehrenvorzüge. Der Gleichheitsartikel der Reichsverfassung behandelt auch die Zulässigkeit von Ehrungen und bringt damit zum Ausdruck, daß eine staatliche Ehrung, als der Person anhaftend, den Gleichheitsgedanken stärker verletzt als etwa Ungleichheiten des Vermögens. Trotzdem hat die Reichsverfassung das Gegenstück der Ehrung, die strafgerichtliche Entehrung, unberührt gelassen. Erst das neue Strafgesetzbuch wird hier vielleicht Wandel schaffen.

Um mit den Ehrennachteilen zu beginnen, so hat die Verurteilung zu Zuchthaus die dauernde Unfähigkeit zum Dienste in der Reichswehr und zur Bekleidung öffentlicher Ämter von Rechts wegen zur Folge (StGB. § 31). Auch die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt die Unfähigkeit, während der im Urteile bestimmten Zeit in die Reichswehr einzutreten und öffentliche Ämter zu erlangen (§ $34^{2,3}$). Ebenso kann der Strafrichter u. U. auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von einem bis zu fünf Jahren erkennen (§ $35^1$). Die verwaltungsrechtliche Frage hierbei ist, ob es mit jenen „Unfähigkeiten“ ernst gemeint ist, ob der versehentlich doch zum Beamten ernannte Zuchthäusler überhaupt nicht Beamter geworden ist oder nur, wegen Gesetzwidrigkeit der Ernennung, den Widerruf der Anstellung über sich ergehen lassen muß. Eine Reihe von Gesetzesvorschriften deutet darauf hin, daß echte Unfähigkeit nicht vorliegt. So ist der mit Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte Be-

---

[1] PrOVG. 29. Jan. 14, Entsch. 66 S. 311ff. Über die ganze Frage SCHULTZENSTEIN im VerwArch. 29 (1922) S. 105ff.; FRIEDRICHS Verwaltungsrechtspflege II 1921 S. 580ff.

[2] VO. v. 1. Nov. 21 § 4 (RGBl. S. 1328). [3] Z. B. bay. PolStGB. Art. 16.

[4] Vgl. BadVGH. 5. Febr. 29, BadVerwZ. 1929 S. 60f. (Kraftfahrer).

strafte „unfähig“, Zeuge bei Aufnahme von Urkunden zu sein (StGB. § 34[5]). Nach § 2237[2] BGB., § 173[2] FGG. ist es aber nur eine „Soll“-Vorschrift, daß bei der Errichtung eines Testaments, bei der Aufnahme einer öffentlichen Urkunde überhaupt, ein der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig Erklärter nicht mitwirken darf. Nach § 5[1] der Rechtsanwaltsordnung muß zwar die Zulassung zur Anwaltschaft versagt werden, wenn der Antragsteller durch strafgerichtliches Urteil die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter dauernd verloren hat oder zur Zeit nicht besitzt. Ist nun doch einmal ein „Ehrloser“ Rechtsanwalt geworden, so sieht das Gesetz zwar die Zurücknahme der Zulassung vor, verlangt sie aber nicht einmal unbedingt, wenn der Versagungsgrund nicht mehr vorliegt (§ 21[II]). Daraus darf man schließen, daß auch die „Unfähigkeit“ zur Bekleidung eines Amtes nichts anderes bedeutet als die Unzulässigkeit der Übertragung des Amtes an einen „Unfähigen“, ohne daß die trotzdem vorgenommene Übertragung nichtig wäre[1]. So kann der zum Beamten ernannte „Unfähige“ eine strafbare Amtsunterschlagung begehen[2], so sind die von ihm vorgenommenen Verwaltungsakte gültig. Das gleiche gilt von den sonstigen Fähigkeitsvoraussetzungen, wie Ablegung gewisser Prüfungen[3], Nichtausübung gewisser Gewerbe und dgl. Die Eigentümlichkeit des öffentlichen Rechts, den Verwaltungsakt gegen Fehlerfolgen widerstandsfähiger zu machen, als es die Rechtsgeschäfte des Privatrechts sind, zeigt sich auch hier wieder.

Von den Ehrenvorzügen verbietet die Reichsverfassung nur die Erhebung in einen höheren Stand, die Verleihung von Ehrentiteln, Orden und Ehrenzeichen und deren Annahme von seiten einer ausländischen Regierung. Um andere Ehrungen kümmert sie sich nicht. Namentlich ist die Verleihung der Ehrenmitgliedschaft oder des Ehrenbürgerrechts[4] nach wie vor zulässig. Im einzelnen bergen die Bestimmungen des Art. 109[IV—VI] manche Schwierigkeiten. Gegen wen richtet sich das Titelverleihungsverbot? Sicher nicht gegen Privatpersonen, auch nicht gegen die Kirchen, da die RV. ihnen grundsätzlich die gleiche Freiheit läßt wie Privatvereinen. So bleiben noch Reich, Staat, Gemeinden, höhere Kommunalverbände, sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts. „Titel dürfen nur verliehen werden, wenn sie ein Amt oder einen Beruf bezeichnen; akademische Grade sind hierdurch nicht betroffen“. Eine ähnliche Regel galt schon früher im Verhältnis zwischen Kommunalverband und Staat. Nur der Staat durfte Ehrentitel verleihen, der Kommunalverband mußte sich bei Benennung seiner Beamten in den Schranken der reinen Amtsbezeichnungen halten[5]. Heute sind die Kommunalverbände nur noch darin schlechter gestellt als der Staat, daß sie keine Amtsbezeichnungen einführen dürfen, die Anlaß zur Verwechselung mit staatlichen Amtsbezeichnungen geben können[6] oder deren Erteilung sich der Staat ausdrücklich vorbehalten hat[7], und daß der Staat bei der Abgrenzung der Amtsbezeichnung gegenüber dem Ehrentitel freiere Hand hat als die Gemeinde.

---

[1] Vgl. Fehlerh. Staatsakt S. 84ff.; Rissom im ArchMilRecht. 6 (1916) S. 193f.; Popitz im PrVerwBl. 38 (1917) S. 135; andr. Ans. Kormann System S. 229, 239. Vgl. jetzt auch thür. GemKrO. v. 8. Juli 26/22. Juli 30 § 62[II]: „War ein Bürgermeister oder ein Beigeordneter nicht wählbar..., so scheidet er aus seinem Amte aus. Die Gültigkeit vorheriger Amtshandlungen wird durch seine Mitwirkung nicht berührt.“

[2] RG. I 30. März 16, RGSt. 50, 18f. [3] RG. III 19. Juni 22, RGZ. 105 S. 59ff.

[4] Vgl. z. B. von den neueren Städteordnungen die meckl.-schw. v. 18. Juli 19 § 10.

[5] PrOVG. 11. Febr. 13, Entsch. 63, 1ff.

[6] Thür. GemKrO. v. 8. Juli 26/22. Juli 30 § 83; PrOVG. 23. Nov. 26, Entsch. 81, 69ff. („Kreisrat“); PrOVG. 12. Juni 28, DJZ. 1928 Sp. 1338f. („Professor“). Dies weiter als RV. Art. 109[IV] reichende Verleihungsverbot gilt auch für Privatpersonen, insbesondere für Mitglieder früherer landesherrlicher Familien; vgl. Pr. StaatsMin. 5. Sept. 28, MinBliV. Sp. 939ff.

[7] So nach der pr. VO. v. 27. Okt. 1810 (GS. S. 9) „Titel, welche den Rats-Charakter geben“, soweit sie das Gesetz, z. B. StädteO. v. 30. Mai 1853 § 29[I], oder das Staatsministerium, z. B. Beschl. v. 30. Nov. 28, MinBliV. 1929 Sp. 159f. („Magistratsrat“) nicht ausdrück-

Der Staat kann nämlich innerhalb gewisser Grenzen neue Amtsbezeichnungen schaffen, die ohne staatliche Rechtsetzung Ehrentitel wären. Gewisse Titel sind natürliche Amtsbezeichnungen, wie Richter, Amtsvorsteher, auch der gewöhnliche Sprachgebrauch würde keine bezeichnenderen Ausdrücke prägen können. Andere Titel wieder sind schlechthin unzulässig, da sie nach den allgemeinen Anschauungen nicht anders verstanden werden können denn als Ehrung ihres Trägers, nämlich alle zusätzlichen Titel, wie Geheimer Justizrat neben Landgerichtspräsident, Geheimer Regierungsrat neben Ministerialrat[1]. Dazwischen liegen die Titel, die nach dem Sprachgebrauche im Verhältnis zu dem vom Beamten bekleideten Amte Ehrentitel sind, da sie eine höhere Stellung vermuten lassen als sie der Beamte bekleidet. Sie sind auch — verbotene — Ehrentitel für die dem Staate untergeordneten juristischen Personen; ein Landkreis z. B. darf seinem ersten Bürobeamten nicht den Titel „Kreisbürodirektor" beilegen[2]. Der Staat aber kann sich hier als Wortbildner betätigen und Titel, die an sich Ehrentitel sind, zu Amtsbezeichnungen machen, indem er alle Beamten gleicher Dienststellung mit dem an sich übertriebenen Titel bezeichnet. Bei der Besoldungsreform von 1920 haben der Reichsgesetzgeber und ihm folgend die Landesgesetzgeber von dieser Möglichkeit ausgiebig Gebrauch gemacht; namentlich hat der Ratstitel seine Eigenschaft als Ehrung seit 1920 verloren[3]. Auch der Geheimratstitel könnte zwar nicht als Zusatztitel, wohl aber als allgemein durchgeführte Amtsbezeichnung wieder auferstehen. Das Schicksal des Titels teilt die ein Zubehör des Titels bildende Anrede. Die Anrede „Exzellenz" ist abgeschafft, jedenfalls soweit sie früher mit einem ausgesprochenen Ehrentitel, dem „Wirklichen Geheimen Rat", verbunden war. Die Anreden „Spektabilität" für den Dekan, „Magnifizenz" für den Rektor dagegen bestehen zu Recht, da sie keine Auszeichnungen darstellen, sondern mit dem Amte untrennbar verbunden sind.

Außer dem Amtstitel nimmt die Reichsverfassung den Berufstitel von ihrem Verbote aus. Zu denken ist in erster Linie an das Titelwesen der Gewerbeordnung, so an den Arzttitel, der nach GewO. § 29 I nur auf Grund eines Nachweises der Befähigung durch die Approbation, so den Meistertitel, der, abgesehen von Übergangsbestimmungen, ebenfalls nur auf Grund einer Prüfung, der Meisterprüfung, erworben werden kann (§ 133 I). Auch die Landesgesetzgebung kann, z. B. auf dem Gebiete der Landwirtschaft oder des Privatunterrichts, Berufstitel einführen, sofern deren Erteilung, ähnlich wie bei den gewerblichen Titeln, an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist. Die Verleihung des Professortitels an verdiente ältere Privatdozenten läßt sich daher dann rechtfertigen, wenn er nur solchen Privatdozenten verliehen wird, die nach Ansicht der Fakultät und des Ministers reif für die Wahrnehmung einer planmäßigen Stelle sind; er ist dann ein Befähigungstitel, ähnlich wie der Meistertitel des Gewerberechts. Ausländische Berufstitel können dann geführt werden, wenn sie mit inländischen nicht verwechselt werden können, also nicht den Schein erwecken, als seien sie auf Grund eines inländischen Befähigungsnachweises erteilt worden oder auf Grund eines ausländischen, dessen Voraussetzungen im wesentlichen die gleichen sind wie die inländischen[4]. Innerhalb Deutschlands besteht im allgemeinen Freizügigkeit der Berufstitel. Bis zur Anordnung des Gegenteils darf sich der Diplomlandwirt des Landes A auch im Lande B so benennen und umgekehrt.

---

lich zuläßt. Hierzu PrOVG. 10. Jan. 28 u. 22. Okt. 29, RVerwBl. 49 (1928) S. 603f., 51 (1930) S. 115 (Verbot der Titel „Stadtbibliotheksrat" „„Kreisverwaltungsrat"). Von selbst versteht sich diese Beschränkung der Kommunalverbände nicht: ThürOVG. 4. Mai 27, Jahrb. 12, 15ff.

[1] Hierüber jetzt ausführlich RStGH. 9. Dez. 29, RGZ. 127, 25*ff.

[2] PrOVG. 5. Dez. 22, Entsch. 78, 44f.; vgl. auch PrOVG. 22. März 27 u. 30. Sept. 30, PrVerwBl. 48 (1927) S. 520, RVerwBl. 52 (1931) S. 193.

[3] Vgl. H. Peters S. 160; PrOVG. 15. März 27, PrVerwBl. 49 (1928) S. 42f. Vgl. aber auch S. 168 N. 7.

[4] Pr.OVG. 25. April 12, Entsch. 61, 326ff.

Als dritte Ausnahme nennt die RV. die akademischen Grade, d. h. die von den Fakultäten verliehenen Würden eines Doktors, Lizentiaten, Bakkalaureus und Magisters. Der weitaus wichtigste akademische Grad ist der eines Doktors. Grund für seine Bevorzugung ist, daß er eine Fähigkeitsbezeichnung darstellt. Der Doktor, und nur er, kann sich in den nichttheologischen Fakultäten habilitieren, in den protestantischen theologischen Fakultäten vertritt die Lizentiatenwürde den Befähigungsnachweis bei der Habilitation. Da die RV. nicht unterscheidet, ist die Ehrenpromotion der ordentlichen gleichzuachten, auch sie ist zulässig. Während es bis vor kurzem als selbstverständlich galt, daß die innerhalb Deutschlands verliehene Doktorwürde in allen deutschen Ländern anerkannt werde, haben sich neuerdings einige Länder die Genehmigung zur Führung außer Landes erworbener Grade vorbehalten[1]. Die Maßnahme richtete sich nicht gegen die Universitäten, sondern gegen die Absicht eines Kleinstaats, einer dort errichteten „Akademie“ das Promotionsrecht zu verleihen. Die Verleihung eines akademischen Grades ist ein Verwaltungsakt und unterliegt dessen geschriebenen und ungeschriebenen Regeln, namentlich auch der Zurücknehmbarkeit wegen Erschleichung.

Die letzte von der RV. verbotene Ehrung ist die durch Orden und Ehrenzeichen. Sie „dürfen vom Staat nicht verliehen werden“ (RV. Art. 109$^{\mathrm{V}}$). Da die Verleihung von jeher ein Vorrecht des Staates war, ist sie damit schlechthin verboten. Unter Orden und Ehrenzeichen, deren Abgrenzung gegeneinander hier nicht zu erörtern ist, versteht man nur die sichtbar an der Kleidung oder um den Hals am Bande zu tragenden Zeichen einer staatlichen Ehrung. Ehrenpokale, Ehrenmünzen, die im Kasten aufzubewahren und nur dort oder in der Hand zu zeigen sind, Glückwunschschreiben[2], öffentliche Anerkennungen[3] und dgl. fallen nicht unter das Verbot. Pein bereitet dem gewissenhaften Juristen die Rettungsmedaille, die jetzt allenthalben wieder verliehen wird[4]. Und doch ist gegen die Zulässigkeit der Verleihung nichts einzuwenden[5]. Denn die Rettungsmedaille ist nur das wertungsfreie Zeugnis der Tatsache, daß ihr Träger mit eigener Lebensgefahr einen Menschen vom drohenden Tode gerettet hat, hat also eine gewisse Ähnlichkeit mit dem gegen Ende des Krieges verliehenen Verwundetenabzeichen, das auch kein Ehrenzeichen im gewöhnlichen Wortsinne war.

Der gerichtliche Rechtsschutz im Titel- und Ehrenzeichenwesen gestaltet sich ähnlich wie im Namensrecht[6]. Ohne Erzwingbarkeit scheint der Satz zu sein, daß kein Deutscher von einer ausländischen Regierung Orden und, wie man als selbstverständlich hinzusetzen muß, Ehrenzeichen annehmen darf (RV. Art. 109$^{\mathrm{VI}}$). Denn § 360$^{8}$ StGB. stellt nur das unbefugte Tragen eines Ordens oder eines Ehrenzeichens unter Strafe, nicht schon dessen Annahme; auch das „Annehmen“ eines Titels im gleichen Paragraphen bedeutet nur soviel wie „Führen“ und nicht schon die Annahme einer unzulässigen Verleihung. Allein die kriminelle Strafe ist nicht das einzige dem Staate zur Verfügung stehende Zwangsmittel. Da Ungehorsam gegen die Reichsverfassung zugleich eine Störung der öffentlichen Ordnung darstellt, kann die Polizeibehörde durch Verfügung die Rückgabe des Ordens an die auswärtige Regierung befehlen und erforderlichenfalls den Orden zwangsweise wegnehmen.

e) Inländer und Ausländer. Als letzte Ungleichheit unter den natürlichen Personen sei die zwischen Inländern und Ausländern besprochen.

---

[1] Pr.VO. über die Führung akad. Grade v. 30. Sept. 24 (über deren Gültigkeit Topf in DJZ. 1927 Sp. 1642), bad. VO. v. 10. Sept. 23.

[2] Pr.Min.d.I. v. 5. Jan. 27, MinBliV. 1927 Sp. 27.

[3] Z. B. HeerVOBl. 1929 S. 129. Vgl. auch das Verzeichnis der staatlichen Auszeichnungen und Anerkennungen im Hdb. ü. d. pr. Staat 1931 S. 15ff.

[4] Vgl. z. B. thür. VO. v. 9. März 26, old. Bek. v. 19. Febr. 27.

[5] Anders bei der old. Medaille f. Verdienste um das Feuerlöschwesen nach der Bek. v. 22. Dez. 28.

[6] Oben S. 163.

Wer Inländer ist, beantwortet in der Hauptsache das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913. Ausländer ist jeder Mensch, der nicht Inländer ist; eine ausländische Staatsangehörigkeit braucht er nicht zu haben. Wer neben der deutschen eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, wird in Deutschland als Inländer behandelt.

Die Rechtsstellung des Ausländers ist schon Gegenstand umfassender Darstellungen geworden[1]. Hier interessieren nur einige eigentümlich-verwaltungsrechtliche Fragen des Ausländerrechts.

Die eine betrifft die Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung für den Ausländer. Nach seinem Wortlaut enthält er nur die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen. Bei dieser klaren Sprache ist es unmöglich, die Artikel 109—165 insgesamt oder auch nur überwiegend auch für den Ausländer gelten zu lassen[2]. Wo die RV. den Kreis der Berechtigten über die Deutschen hinaus ausdehnt, sagt sie es ausdrücklich, so bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit, die nach RV. Art. 135 für „alle Bewohner des Reichs" bestehen soll. Durch diese dem Wortlaut und Sinn der Verfassung allein entsprechende Auslegung wird der Ausländer nicht etwa rechtlos, vielmehr gelten nur die besonderen Weimarer Rechte und Pflichten und deren besondere Verfassungskraft nicht für ihn. Erleidet er durch die Amtspflichtverletzung eines Beamten Schaden, so hat er nach BGB. § 839 einen Schadensersatzanspruch gegen den Beamten persönlich und vielleicht nach einem Landes- oder Reichsgesetz auch oder ausschließlich gegen den Staat, aber er kann sich nicht auf Art. $131^{I}$ RV. berufen, der die Staatshaftung reichsverfassungsmäßig festlegt[3]. Auch Ausländer dürfen Vereine bilden, wenn sie sich innerhalb der Schranken des Polizeimäßigen halten, aber der Satz des Art. $124^{I}$, daß dies Recht nicht durch Vorbeugungsmaßregeln beschränkt werden könne, gilt nicht für sie. Ebensowenig gilt für sie die Fortbildungsschulpflicht des Art. 145 unmittelbar[4]. Namentlich findet der Gleichheitsartikel keine Anwendung auf die Ausländer. Die Ausländereigenschaft ist grundsätzlich kein unsachliches Unterscheidungsmerkmal. So bevorzugt die GewO. den inländischen Hausierer (§ 56d), die preußische Jagdordnung vom 15. Juli 1907 den inländischen Jagdberechtigten (§ $29^{II}$). Ganz allgemein sind die Ausländer vom Staats- und Gemeindestimmrecht ausgeschlossen[5]. Besondere Einschränkungen bestehen für die Einstellung und Beschäftigung ausländischer Arbeiter[6]. Auch die Verwaltungsbehörden dürfen ihre Entschließungen bei Akten des freien Ermessens durch die Tatsache beeinflussen lassen, daß sie einen Ausländer vor sich haben, sofern ein sachlicher Beweggrund dahintersteht. So erhält bei gleicher Befähigung der deutsche Beamtenanwärter vor dem ausländischen den Vorzug, bei der Abwägung privater Interessen gegenüber öffentlichen, z. B. bei der Frage, ob eine auf Widerruf erteilte Polizeierlaubnis zurückgenommen, ob der Bau über die Fluchtlinie hinaus ausnahmsweise gestattet werden soll, darf der Inländer besser behandelt werden als der Ausländer. Dagegen würde die Sperrung eines öffentlichen Weges für Ausländer den Geboten der zwischenstaatlichen Höflichkeit widersprechen, daher als unsachlich empfunden werden und deshalb unzulässig sein[7].

Die andere Gruppe von Fragen zum Ausländerverwaltungsrecht steht im Zusammenhange mit der Ausweisung des Ausländers. Kraft meist ungeschriebenen Rechts steht es jedem Lande zu, einen als lästig empfundenen Ausländer

---

[1] Vgl. die am Kopfe des Paragraphen genannten Schriften von v. Frisch, Neumeyer, Isay, Fraustädter und Kreutzberger.

[2] So namentlich Anschütz RV.[10] 1929 S. 450ff.

[3] RG. III 15. Apr. 30, JW. 1930 S. 1869.

[4] KG. 24. Juni 24, PrVerwBl. 46 (1925) S. 143; Lammers in Stusev. 1925 S. 65f. Andr. Ans. vom Dahl ebenda S. 714f.; Thoma in Nipperdey I S. 25 Anm. 22.

[5] Vgl. OldOVG. 23. Dez. 26, OldZ. 54 (1927) S. 46ff.

[6] VO. v. 2. Jan. 26 (RGBl. I S. 5ff.).

[7] KG. 21. März 04, KGJ. 27 C 52ff.

des Landes zu verweisen. Besondere reichsrechtliche Bestimmungen (z. B. StGB. § 39²) steigern die Landesverweisung zur Reichsverweisung. Völkerrechtliche Verträge mögen die Ausweisungsbefugnis einengen, ein vollwertiges Recht auf Aufenthalt gleich dem des Inländers erhält der Ausländer dadurch nicht. Daher steht dem Ausländer gegen die Ausweisung höchstens die Beschwerde, nie die verwaltungsgerichtliche Klage zu. Das preußische Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 sagt es im § 130$^{III}$ ausdrücklich, doch versteht sich die Vorschrift von selbst. Wohl aber kann der als Ausländer Ausgewiesene Klage mit der Begründung erheben, er sei gar nicht Ausländer, oder er sei zwar Ausländer, habe aber ein Recht auf Wiedereinbürgerung und werde durch die Ausweisung an der Durchführung dieses Anspruchs gehindert[1]. Ausweisungen können auch bedingt ausgesprochen werden, etwa so, dem Ausländer werde anheimgegeben, sich als landwirtschaftlicher Arbeiter zu melden, widrigenfalls er das Staatsgebiet verlassen müsse. Auch eine solche Anordnung ist eine Ausweisung, kein Befehl, sich zu melden, und daher mit verwaltungsgerichtlicher Klage nicht anzufechten[2]. Doch eine andere Frage entsteht hierbei: darf die Ausweisung mit beliebigen Bedingungen, „Anheimgaben", belastet werden? Die Frage kann einmal mittelbar vor die Gerichte kommen, bei einer Beleidigungsklage z. B., bei der Geltendmachung der Amtshaftung, eines Erstattungsanspruchs. Die Behörde droht z. B. mit der Ausweisung, will aber davon Abstand nehmen, wenn der Ausländer sein Haus der Stadtgemeinde schenkt oder eine große Summe Geldes zahlt oder sich bei der Völkerschau eines Zirkus sehen läßt. Hier verneint „jeder billig und gerecht Denkende" die Sachlichkeit der Bedingung, selbst wenn die Behörde nach dem maßgebenden Landesrecht auch andere als polizeiliche Gesichtspunkte berücksichtigen darf; da aber keine Verwaltungsbehörde unsachlich verfahren darf, so bildet die Grenze der Sachlichkeit auch die Grenze für die der Ausweisung beizufügenden Bedingungen. — Greift die Ausweisung in das private Recht eines Dritten ein, so überwindet sie es. Der deutsche Dienstherr des Ausländers kann sich gegen die Ausweisung nicht mit der Behauptung wehren, er habe noch Anspruch auf die Dienste des Ausgewiesenen; seine Klage würde als unbegründet abzuweisen sein[3]. Bei einem Zusammentreffen mit einem öffentlichen Rechte, z. B. der Ausweisung eines vom Staate im öffentlichen Dienstverhältnis angestellten ausländischen Künstlers, der die deutsche Staatsangehörigkeit nicht erworben hat, gelten die Regeln, wie wir sie für den Fall des Zusammenstoßes zweier öffentlicher Verwaltungen alsbald (unter II 4) kennen lernen werden.

## II. Die juristischen Personen.

**1. Begriff und Arten.** Die Rechtsfähigkeit des Menschen bedeutet, daß er Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Dadurch wird er zur Person, zur „natürlichen", wie sich das BGB. ausdrückt, weil hier das Rechtsgebilde „Person" mit der natürlichen Einheit „Mensch" zusammenfällt. Eine juristische Person ist demgemäß jeder außer dem Menschen von der Rechtsordnung anerkannte Träger von Rechten und Pflichten. Allerdings müssen auch für die juristische Person Menschen tätig sein, aber eben nur für sie, nicht im eigenen Namen. Pflichten der juristischen Person sind daher ihre Pflichten, nicht Pflichten der sie vertretenden Menschen. Wohl kann das Gesetz eine Haftpflicht der Vorstandsmitglieder unmittelbar dem Staate gegenüber einführen, wie im Steuerrecht nach § 84 AO. oder im Vereinsrecht nach § 78 BGB., aber im Zweifel bedeutet Anerkennung der juristischen Persönlichkeit gerade, daß im Außenverhältnis nur

---

[1] PrOVG. 23. Juni 86 u. 22. Mai 95, Entsch. 13, 408ff. u. 30, 406.
[2] PrOVG. 29. Nov. 12, Entsch. 64, 429ff.
[3] Vgl. Regierungsrat Basel-Stadt 26. Sept. 27, SchwZBl. 29 (1928) S. 44f.

die juristische Person Träger der Pflicht ist[1]. So wie es herrschende Meinung ist, daß die gegen eine verurteilte juristische Person verhängten Zwangsstrafen der §§ 888, 890 ZPO. in das Vermögen der juristischen Person und nur in dies zu vollstrecken sind[2], so haftet für den polizeimäßigen Zustand eines einer juristischen Person gehörigen Hauses nur die juristische Person, nur sie ist auch den Zwangsstrafen des Staates ausgesetzt. Sache der Generalversammlung oder des sonst zuständigen Organes ist es, für die zu zahlende Geldstrafe Rückgriff auf die schuldigen Vorstandsmitglieder zu nehmen. Das einzige, was zu denken geben muß, ist die Unmöglichkeit der Vollstreckung einer Haftstrafe gegen eine juristische Person. Aber auch die Wissenschaft vom Zivilprozeßrecht findet sich mit diesem Mangel ab[3], und gerade bei einer Freiheitsstrafe wäre es ein Auslegungsfehler, sie im Wege der Analogie auf eine vom Gesetze nicht genannte Person abzuwälzen.

Die juristischen Personen haben, soweit es sich mit ihrer Natur verträgt, die gleichen Rechte und Pflichten wie die natürlichen. Die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Briefgeheimnis, die Unverletzlichkeit des Eigentums, die Gewerbefreiheit z. B. gelten grundsätzlich auch für sie. Eine genauere Umgrenzung des auch für die juristischen Personen Gültigen bedürfte einer Einzeluntersuchung. Auch die Frage der Staatsangehörigkeit der juristischen Personen müßte einmal unter rein verwaltungsrechtlichem Gesichtspunkte betrachtet werden. Daß eine aus lauter Ausländern bestehende Personenvereinigung mit dem Sitze in Deutschland durch Erwerb der juristischen Persönlichkeit nicht Gleichstellung mit deutschen Staatsangehörigen erwarten kann, leuchtet wohl ohne weiteres ein[4], obgleich die Staatsangehörigkeit einer juristischen Person nach herrschender Ansicht sich nach ihrem Sitze richtet[5].

Der Art nach unterscheidet man zunächst Körperschaften, Stiftungen und Anstalten. Die Unterscheidung ist wichtig, wenn ein Gesetz die eine Art anders behandelt als die andere und einfach auf die begriffliche Abgrenzung verweist, ohne erkennen zu lassen, weshalb es die Unterscheidung macht. So enthält das braunschweigische Hauszinssteuergesetz für die öffentlichen Körperschaften eine günstigere Befreiungsvorschrift als für die öffentlichen Anstalten, und der VGH. mußte einmal untersuchen, ob die braunschweigische Staatsbank eine Körperschaft ist oder eine Anstalt[6]. Am einfachsten ist die Definition der Körperschaft und der Stiftung. Körperschaft ist die zur juristischen Person erhobene Personenmehrheit, Stiftung die zur juristischen Person erhobene Vermögensmasse. Das BGB. kommt mit diesen beiden Typen aus, aber Reichs- und Landesrecht kennen außerdem noch Anstalten als juristische Personen, auch das BGB. nennt im § 89 Anstalten des öffentlichen Rechts neben den Körperschaften und Stiftungen. Was solche Anstalten sind, läßt sich aus der Wirklichkeit des Rechtslebens ermitteln. Wir sehen Heilanstalten, Fürsorgeanstalten, Unterrichtsanstalten. Das ihnen Eigentümliche ist die Verbindung einer sachlichen Unterlage mit einer planmäßigen Tätigkeit zugunsten der Benutzer. Würden die Benutzer selbst Träger der Unternehmung sein, so hätten wir einen Unterrichtsverein, eine Schulgemeinde vor uns und keine Anstalt. Der Benutzer

---

[1] Vgl. vor allem SCHULTZENSTEIN Polizeiwidriges Handeln und Vertretung, VerwArch. 14 (1906) S. 1ff.; ferner GOEDECKE Polizeiliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, Pr.-VerwBl. 47 (1926) S. 24ff.; RVA. 10. März 30, Entsch. 27, 222ff.; PrOVG. 30. Jan. 30, „Die Polizei" 28 (1931) S. 15; SächsOVG. 24. Mai 11, Jahrb. 17, 193ff. — Andr. Ansicht namentlich FLEINER S. 163 N. 47.

[2] Vgl. STEIN-JONAS ZPO.[14] II 1929 Anm. 56 zu § 888.

[3] HELLWIG-OERTMANN System des Deutschen Zivilprozeßrechts II 2 (1919) S. 383.

[4] Vgl. LANDMANN-ROHMER GewO.[8] I 1928 S. 163 (zu § 12).

[5] E. MARBURG Staatsangehörigkeit jur. Personen 1927 S. 31f., 111ff.

[6] BraunschwVGH. 1. Apr. 25, BraunschwZ. 71 (1925) Beil. S. 18ff.; vgl. auch BayVGH. 6. Juli 28, Samml. 49, 137ff.

muß also ein „Dritter“ sein, nicht ein Teil der Einrichtung selbst, wenn man von einer Anstalt sprechen soll. Aber auch jene Anstalten sind noch nicht notwendig das zu den Körperschaften und Stiftungen gesuchte Gegenstück. Die Stadt kann eine Heilanstalt, die Provinz eine Fürsorgeanstalt, der Staat eine Unterrichtsanstalt errichten, ohne ihnen juristische Persönlichkeit beizulegen. In diesem Sinne kommt der Ausdruck „Anstalt“ sogar häufiger vor als im Sinne einer Abart der juristischen Personen. Nennt man also jene Verbindung von sachlicher Unterlage und planmäßiger Tätigkeit, jenen Bestand von sachlichen und persönlichen Mitteln[1] eine „Einrichtung“, so wäre die rechtsfähige Anstalt definiert als die zur juristischen Person erhobene, nicht von einer Personenmehrheit getragene Einrichtung. Sie hat größere Verwandtschaft mit der Stiftung als mit der Körperschaft, ja man hat schon behauptet, sie sei das öffentlichrechtliche Gegenstück zur Stiftung, die, genau besehen, nur im Privatrecht vorkomme[2]. Da das BGB. und die privatrechtlichen Nebengesetze rechtsfähige Anstalten des Privatrechts nicht kennen, ist die rechtsfähige Anstalt heute in der Tat etwas dem öffentlichen Rechte Eigentümliches. Aber umgekehrt gibt es denkbarerweise doch auch Stiftungen des öffentlichen Rechts, so daß auch die Abgrenzung zwischen Stiftungen und Anstalten nötig ist. Beispiele werden die drei Typen alsbald veranschaulichen.

Wichtiger als die Dreiteilung ist die Zweiteilung in juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Wir erinnern uns (oben S. 161) des preußischen Feuerbestattungsgesetzes vom 14. September 1911, das die Errichtung von Feuerbestattungsanlagen gewissen „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ vorbehält. Nach Art. $137^{V}$ RV. bleiben die Religionsgesellschaften „Körperschaften des öffentlichen Rechts“, soweit sie solche bisher waren; andern Religionsgesellschaften sind auf ihren Antrag bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen gleiche Rechte zu gewähren. Worin liegt das die öffentlichrechtlichen juristischen Personen kennzeichnende Merkmal? Ganz frei ist der Gesetzgeber hierbei nicht. Den Landesgesetzgeber binden die reichsrechtlichen Typen privatrechtlicher juristischer Personen des bürgerlichen und des Handelsrechts, und auch der Reichsgesetzgeber wird sich vernünftigerweise hüten, ein Gebilde als juristische Person des öffentlichen Rechts zu bezeichnen, das in allen wesentlichen Punkten mit einer juristischen Person des Privatrechts übereinstimmt. Nehmen wir also einen ganz zweifelsfreien Fall: die Gemeinde und als privatrechtliches Gegenstück einen eingetragenen Gesangverein. Wodurch unterscheiden sich diese beiden juristischen Personen? Die Gemeinde ist im öffentlichen Interesse errichtet, der Gesangverein im privaten; doch kann dies noch kein unterscheidendes Merkmal sein, da es gerade auch unter den eingetragenen Vereinen im öffentlichen Interesse errichtete gibt[3]. Der Gemeinde steht es aber nicht frei, sich aufzulösen, für sie besteht kraft ihrer „Eingliederung in einen öffentlichen Organismus“[4] Daseinsnotwendigkeit, während der Auflösung des Gesangvereins nichts im Wege steht. Aber nicht nur das Dasein der Gemeinde ist notwendig, sondern auch ihre Betätigung zur Erfüllung ihrer Aufgaben; hierüber wacht der Staat durch positive Aufsicht, er kann die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben anhalten, während die Staatsbehörde beim Gesangverein nur darüber wacht, daß er nicht durch einen gesetzwidrigen Beschluß das Gemeinwohl gefährdet oder einen ihm verbotenen Zweck verfolgt (BGB. § 43). Zur fleißigen Veranstaltung von Übungsabenden und Konzerten kann der Staat den Verein selbstverständlich nicht anhalten, seine Aufsicht ist hier nur negativer Art. So sollte einmal einem Feuerlöschverein e. V. die Rechts-

---

[1] Otto Mayer II S. 268. [2] Otto Mayer II S. 331ff.

[3] Vgl. auch BayVGH. 12. Apr. 26, Samml. 47, 33ff.

[4] So Meurer Bayerisches Kirchenvermögensrecht III (1919) S. 56, im Einklang mit O. Gierke Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887 S. 155.

fähigkeit entzogen werden, weil er sich weigerte, fernerhin Feuer zu löschen. Bei einem öffentlichrechtlichen Vereine wäre ein solches Vorgehen gerechtfertigt gewesen, nicht so bei einem eingetragenen Vereine des BGB.; das preußische OVG. hob daher die Entziehungsverfügung als unzulässig auf[1]. Die Gemeinde hat ferner den großen Vorzug der Zwangsmitgliedschaft; jeder Einwohner der Gemeinde, ja jeder, der sich vorübergehend in ihr aufhält, ist ihrer Gewalt unterworfen. Nach höchstens einjährigem Wohnsitze in der Gemeinde ist jeder Deutsche, der das Wahlalter erreicht hat, wahlberechtigtes Mitglied (RV. Art. 17[II]). Dem Gesangverein gehört nur an, wer ihm freiwillig beitritt; ebenso steht der Austritt jedem Mitgliede frei; auch die Vorstufen der Zwangsmitgliedschaft, der Beitritts- und der Aufnahmezwang, oder deren Abschwächung, die Zwangsmitgliedschaft mit Austrittsmöglichkeit, wie sie bei den Kirchen vorkommt, gelten nicht für ihn. Diese Zwangsmitgliedschaft ermöglicht der Gemeinde auch den Erlaß von Anordnungen an unbestimmt wen, während dem Gesangverein eine solche Rechtsetzungsgewalt fehlt; seine Satzungsgewalt trifft nur die durch den Beitrittsakt bestimmten Mitglieder, also eine genau begrenzte Personenzahl. Die Gemeinde kann weiter Verwaltungsakte in dem Sinne von obrigkeitlichen Akten erlassen; sie kann zur Steuer veranlagen, persönliche Dienste auferlegen, das Schulgeld dem Pflichtigen gegenüber festsetzen, Wohnungen beschlagnahmen und dgl. und alle Anordnungen ohne Inanspruchnahme des Gerichts vollstrecken. Der Vorstand des Gesangvereins kann dies nicht tun. Seine Anordnungen sind private Willenserklärungen, die nicht einmal die Vermutung der Gültigkeit für sich haben, zur zwangsweisen Beitreibung der Mitgliederbeiträge bedarf es der Klage vor dem Amtsgericht und eines obsiegenden Urteils. Endlich hat die Gemeinde Beamte mit allen den Beamten überhaupt zukommenden Rechten und Pflichten, der Gesangverein hat nur privatrechtliche Organe und, soweit ein Dienstverhältnis bei ihm besteht, nur Angestellte.

Es wäre aber voreilig zu verlangen, daß bei der öffentlichrechtlichen juristischen Person alle bei den Gemeinden gefundenen Besonderheiten zutreffen, vielmehr genügt schon das Vorhandensein eines der aufgezählten Merkmale, um eine juristische Person aus dem Kreise des Privatrechts herauszuheben. So fehlt den Kirchen z. B. die Zwangsmitgliedschaft, und wenn den alten Kirchen wenigstens die Zwangsmitgliedschaft mit Austrittsmöglichkeit zugebilligt werden mag, den evangelischen z. B. das Hineinwachsen ihrer Bekenner in die Mitgliedschaft kraft Wohnsitznahme in ihrem Gebiete, aber mit der Möglichkeit, aus der Kirche auszutreten, so haben die neu zu bildenden Weltanschauungsvereinigungen des öffentlichen Rechts (RV. Art. 137[VII]) nicht einmal diese Vergünstigung, wenn das Landesrecht sie ihnen nicht zugesteht. Auch die Daseinsnotwendigkeit mangelt den kirchlichen Verbänden des öffentlichen Rechts oder kann ihnen wenigstens mangeln. Ebenso gibt es Körperschaften des öffentlichen Rechts, die keine Beamte haben, wie die Berufsgenossenschaften der Reichsversicherungsordnung. Wenn man also die juristische Person des öffentlichen Rechts definieren soll, ohne zu einer alternativen, auf „entweder — oder“ lautenden und daher leicht befremdenden und verwirrenden Begriffsbestimmung gezwungen zu sein, so grenzt man besser die juristische Person des Privatrechts ab und bezeichnet als juristische Person des öffentlichen Rechts jede juristische Person, die nicht eine solche des Privatrechts ist. Eine juristische Person des Privatrechts aber ist unter den Körperschaften eine juristische Person, die weder daseinsnotwendig ist, noch unter einer positiven Aufsicht des Staates oder eines anderen öffentlichen Verbandes steht, noch Zwangsmitglieder hat, noch Anordnungen an unbestimmt wen, noch Verwaltungsakte erlassen kann, noch gesetzesnotwendig durch Beamte

[1] PrOVG. 22. Okt, 14, Entsch. 68, 349ff.

oder sonstige Staatsorgane verwaltet wird oder verwaltet[1]. Bei den Stiftungen tut die vom Stifter gewollte Daseinsnotwendigkeit und die der Erfüllung des Stiftungszweckes dienende positive Staatsaufsicht der Privatrechtlichkeit keinen Abbruch, Zwangsmitgliedschaft kommt bei ihnen, da sie überhaupt keine Mitglieder haben, nicht vor. Auch die Verwaltung durch staatliche oder Kommunalbehörden macht sie nicht zu öffentlichrechtlichen juristischen Personen, da der Staat vielfach die gesamte Stiftungsverwaltung Behörden übertragen hat. Es bleibt also als unbedingtes Unterscheidungsmerkmal nur noch die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse. Außerdem sind von Behörden verwaltete Stiftungen solche des öffentlichen Rechts, wenn das Gesetz sie ausdrücklich als solche bezeichnet. Dabei wird die Grenzführung dadurch erschwert, daß die Gesetze nicht scharf zwischen „öffentlichen Stiftungen", d. h. im öffentlichen Interesse errichteten, und Stiftungen des öffentlichen Rechts unterscheiden. Das lübeckische Stiftungsgesetz vom 3. März 1926 gebraucht den Ausdruck „öffentliche Stiftung" augenscheinlich im gleichen Sinne wie „Stiftung des öffentlichen Rechts", während der bayerische VGH. feststellen mußte, daß eine „öffentliche Stiftung" des bayerischen Rechts, z. B. eine Familienstiftung, keine Stiftung des öffentlichen Rechts im Sinne einer Steuervorschrift sei, da ihr die „Eingliederung in den Staatsorganismus fehle"[2].

**2. Die juristischen Personen des Privatrechts** sind verwaltungsrechtlich in mehrfacher Beziehung beachtenswert.

Zunächst deckt sich ihre öffentlichrechtliche Rechtsfähigkeit grundsätzlich mit der privatrechtlichen. Ein Verein, der dem einzelnen gegenüber rechtsfähig ist, ist es auch im Verhältnis zum übergeordneten Staate, und umgekehrt: ein nach dem BGB. nicht rechtsfähiger Verein ist es auch im öffentlichen Rechte nicht. Da Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit sich zu entsprechen pflegen (ZPO. § 50$^{\text{I}}$), so zeigt sich die Bedeutung des Zusammenhangs vor allem bei Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage. Würde z. B. der nicht eingetragene Verein die öffentlichrechtliche Feststellungsklage, wo sie zulässig ist, dahin erheben, daß ihm die Führung eines bestimmten Namens nicht verboten werden könne, so müßte die Klage wegen mangelnder Parteifähigkeit des Klägers als unzulässig abgewiesen werden. Nicht so einfach liegt die Frage, wenn sich der Verein in der Stellung des vom Staate Angegriffenen befindet. Ein Verein will z. B. eingetragen werden, die Verwaltungsbehörde erhebt Einspruch dagegen, da der Verein strafrechtliche Zwecke verfolge (BGB. § 61$^{\text{II}}$). Oder ein nicht eingetragener Verein wird zu einer Steuer oder einer Gebühr herangezogen. In solchen Fällen besteht doch ein offenbares Bedürfnis sowohl für die passive wie für die aktive Parteifähigkeit. Hier hilft die sinngemäße Anwendung des Satzes der ZPO., daß ein nicht rechtsfähiger Verein verklagt werden kann und dann im Rechtsstreit die Stellung eines rechtsfähigen Vereines hat (§ 50$^{\text{II}}$). Der Verklagbarkeit entspricht die Fähigkeit, einen Verwaltungsakt über sich ergehen lassen zu müssen. Ist aber der nicht rechtsfähige Verein einmal passiv parteifähig geworden, dann kann er zum Zwecke der Verteidigung auch zum Angriff übergehen und vor den Verwaltungsgerichten klagen, genau wie er im Zivilprozesse als Beklagter die Widerklage erheben könnte. Der Rechtsprechung fehlt noch die Einheitlichkeit in dieser Frage[3]. Bedenkt man aber, daß in einigen, allerdings nicht sehr häufigen Fällen auch im öffentlichen

---

[1] Aus der Rechtsprechung vgl. z. B. ThürOVG. 19. Juni 18, Jahrb. 6, 36ff.; OLG. Oldenburg 14. Febr. 17, OldZ. 44 (1917) S. 214ff.; RFinH. 6. Juni 28, Samml. 23, 301ff.

[2] BayVGH. 12. Apr. 26, Samml. 47, 34, im Anschluß an BayObLG. 27. Nov. 14, SammlZ. 15, 679.

[3] Wie im Text PrOVG. 16. Nov. 11, Entsch. 62, 282ff.; SächsOVG. 30. Mai 07, Jahrb. 11, 52ff.; BadVGH. 20. Dez. 27, BadVerwZ. 60 (1928) S. 122f.; LVG. Schwerin 15. März 29, MecklZ. 45 (1929) Sp. 662ff. — Abweichend BraunschwVGH. 17. Dez. 24, BraunschwZ. 71 (1925) Beil. S. 35f.; JOSEF im PrVerwBl. 45 (1924) S. 356f.

Rechte der Staat klagen muß, um seinen Willen durchzusetzen, so bei der Rücknahme einer Kleinbahnkonzession, einer Gewerbegenehmigung, und daß hier die Parteifähigkeit des beklagten Vereins sicher nicht bestritten werden könnte, so muß man ihm die Parteifähigkeit auch dann zubilligen, wenn die Verwaltungsbehörde, sinngemäß gesprochen, Klägerin und entscheidende Stelle in einer Person ist.

Sodann hat der Staat bei der Entstehung und beim Untergang einer juristischen Person mitzureden. Nach heute geltendem Rechte kann keine reichsrechtlich geordnete juristische Person des Privatrechts, abgesehen von den auf dinglicher Grundlage aufgebauten, ohne staatlichen Akt ins Leben gerufen werden. In einigen Fällen ist die staatliche Mitwirkung gesetzlich gebunden, so bei der Eintragung eines Vereins nach BGB. § 21, bei der Entstehung einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer eingetragenen Genossenschaft, in anderen Fällen steht die Verleihung der Rechtspersönlichkeit im freien Ermessen der zuständigen Behörde, so bei den auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereinen nach BGB. § 22 und bei den Stiftungen nach BGB. § 80. Ob diese Mitwirkung den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden zusteht, immer ist sie öffentlichrechtlicher Art, unterliegt daher nicht den Regeln für private Rechtsgeschäfte. So mag es vorkommen, daß ein wirtschaftlicher Verein versehentlich ins Vereinsregister eingetragen oder daß ein sog. idealer Verein versehentlich von der Verwaltungsbehörde genehmigt wird. Trotz Gesetzwidrigkeit sind die Akte des Gerichts und der Verwaltungsbehörde nicht unwirksam, sondern unterliegen nur der Zurücknahme [1]. Wie die Entstehung so hängt auch der Untergang einer juristischen Person von der Mitwirkung des Staates ab, gleichgültig, ob sie freiwillig oder unfreiwillig aufgelöst wird. Die unfreiwillige Auflösung ist ein Akt der negativen Aufsicht, sie geschieht nicht, weil der Verein seine Zwecke nicht erfüllt, sondern weil er sich einer Gesetzwidrigkeit oder einer Überschreitung der ihm gesetzten Zwecke schuldig macht. Im Streitfall entscheiden die Verwaltungsgerichte [2]. Auch während Bestehens der juristischen Person überwacht der Staat ihre Tätigkeit. Namentlich sind in letzter Zeit die Nichtigerklärungen bedeutsam geworden, die das beim Reichswirtschaftsgericht gebildete Kartellgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers über den Beschluß eines Kartells ausspricht, der die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdet [3]; allerdings richtet sich diese Einwirkungsmöglichkeit nicht nur gegen juristische Personen. Auch Stiftungen gegenüber sind behördliche Einwirkungen zulässig, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährdet (BGB. § 87 [1]). Die Wirkungen der Inflation haben besondere Stiftungsänderungsgesetze nötig gemacht [4].

**3. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts** haben zunächst mit den privatrechtlichen gemein, daß sich ihre Rechtsfähigkeit gleichermaßen auf ihre öffentlichrechtlichen und ihre privatrechtlichen Beziehungen erstreckt. Jede juristische Person des öffentlichen Rechts ist auch in einem Streit vor den ordentlichen Gerichten parteifähig. Auch die Abhängigkeit ihrer Entstehung von einer staatlichen Verleihung teilen sie mit den juristischen Personen des Privatrechts [5]. Allerdings kennt das ältere Recht auch „stillschweigend genehmigte Armen- oder andere Versorgungsanstalten“ mit dem Rechte der juristischen Persönlichkeit [6], doch gibt es heute fast nur förmlich genehmigte juristische Personen des öffentlichen

[1] FGG. §§ 159, 142, 143; dazu PrOVG. 11. März 15, Entsch. 69, 322ff.

[2] BGB. §§ 43f., GmbHG. § 62, GenG. § 81.

[3] VO. gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen v. 2. Nov. 23 (RGBl. I S. 1067) §§ 4, 7. Über die Tätigkeit des Kartellgerichts berichtet RTDrucks. Nr. 3060 der III. WPer. 1924/27.

[4] Pr. Ges. v. 10. Juli 24, anhalt. Ges. v. 23. Juni 23.

[5] Aus neuerer Zeit vgl. meckl.-strel. Ges. v. 1. Febr. 26.

[6] ALR. § 42 II 19. Vgl. auch Dorner-Seng Badisches Landesprivatrecht 1906 S. 25ff.

Rechts. Eine seltsame Ausnahme macht RV. Art. 137 V. „Schließen sich mehrere ... öffentlichrechtliche Religionsgesellschaften zu einem Verbande zusammen, so ist auch dieser Verband eine öffentlichrechtliche Körperschaft". Der Deutsche Evangelische Kirchenbund hat also ohne Zutun einer Verwaltungsbehörde juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts erlangt. Dagegen gibt es keine Auflösung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ohne staatliches Zutun. In welcher Form der Staat hierbei mitwirkt, bestimmt sich bei landesrechtlich entstandenen juristischen Personen nach Landesrecht. Insbesondere ist es dem Staate unverwehrt, eine juristische Person des öffentlichen Rechts unmittelbar durch Gesetz aufzulösen, sofern er dafür sorgt, daß ihr Vermögen seinem Zwecke erhalten bleibt[1], insbesondere nicht einfach zugunsten des Staates eingezogen wird.

Die Eigentümlichkeiten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegenüber den privatrechtlichen sind bereits bekannt (S. 174ff.). Hier sei ihre Eigenart nur an einigen typischen Beispielen veranschaulicht.

a) Stiftungen des öffentlichen Rechts, die nicht zugleich Anstalten des öffentlichen Rechts sind, kommen nur selten vor. Das neueste deutsche Stiftungsgesetz, das lübeckische vom 3. März 1926, nennt als „öffentliche Stiftungen" im Gegensatze zu „Privatstiftungen" das St. Johannis-Jungfrauenkloster, das Heilige Geist-Hospital und das Waisenhaus, also doch auch Anstalten, wie denn das Gesetz sie ausdrücklich wahlweise „öffentliche Stiftungen (öffentliche Wohltätigkeitsanstalten)" nennt (§ 1 I). Auch die öffentlichen milden Stiftungen zu Frankfurt a. M., deren rechtliche Stellung Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten war[2], sind öffentliche Anstalten. Die lübeckischen öffentlichen Stiftungen unterscheiden sich von den Privatstiftungen dadurch, daß sie der Aufsicht des Senats unterstehen, daß ihre Verfassung nicht ohne Genehmigung des Senates und der Bürgerschaft geändert werden darf, daß ihre Einnahmen und Ausgaben in den Voranschlag des Staates und in die Abrechnung der Stadtkasse aufzunehmen sind und daß sich die Vorsteherschaft der Stiftungen in der Regel aus zwei Mitgliedern des Senates und aus sechs „bürgerlichen" Mitgliedern zusammensetzt. Von solchen Stiftungen, die juristische Personen sind, sind die unselbständigen, vom Staate oder von sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts verwalteten Stiftungen wohl zu scheiden. Zwar wird auch deren Vermögen gesondert verwaltet, doch fehlt ihnen die Rechtspersönlichkeit.

b) Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts begegnen auf dem Gebiete der sozialen Versicherung[3]. Die Landesversicherungsanstalten der Reichsversicherungsordnung, die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte und die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung heißen nicht nur „Anstalten", sondern sind es auch, trotz mancher körperschaftlicher Einschläge, anders als die Krankenkassen und die Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung. Das Anstaltliche im Gegensatze zum Körperschaftlichen zeigt sich im Fehlen von „Mitgliedern". Allerdings haben die Versicherten und deren Arbeitgeber z. B. bei den Landesversicherungsanstalten einen „Ausschuß" (RVO. § 1351), bei der Reichsversicherungsanstalt für Angestellte „Vertrauensmänner" (AVG. § 121) zu wählen, die mittelbaren und unmittelbaren Anteil an der Verwaltung der Anstalt haben; aber der Schwerpunkt der Verwaltung liegt bei den beamteten Vorstandsmitgliedern der Landesversicherungsanstalten, die der Staat oder die Provinz ernennt (RVO. § 1344), und bei den vom Reichs-

[1] Vgl. z. B. pr. G. v. 12. Juli 29, GS. S. 85. Gegen die Zulässigkeit derartiger Auflösungsgesetze H. MEYER Recht und Volkstum 1929 S. 26f.

[2] Vgl. SARTORIUS Die öffentlichen milden Stiftungen zu Frankfurt a. M., Rechtsgutachten, Marburg 1899.

[3] RVO. v. 19. Juli 11/15. Dez. 24/9. Jan. 26; AVG. v. 20. Dez. 11/28. Mai 24; ALVG. v. 16. Juli 27/12. Okt. 29.

präsidenten nach Vorschlag des Reichsrats auf Lebenszeit ernannten beamteten Mitgliedern des Direktoriums der Reichsversicherungsanstalt (AVG. §§ 99f.). Kommt schon hierin auch das Öffentlichrechtliche der Anstalten zum Ausdruck, so finden sich noch weitere Merkmale dafür. Die Anstalten sind daseinsnotwendig, da ohne sie die gesetzlich eingeführte Invalidenversicherung und Angestelltenversicherung nicht durchführbar wäre; die in der RVO. vorgesehene Aufsicht des Reichsversicherungsamts (§ 1381) und die im AVG. vorgesehene des Reichsarbeitsministers (§ 94$^{II}$) sind daher positive Aufsichten, dazu bestimmt, nötigenfalls den Versicherungsbetrieb im Gange zu halten. Zwangsmitglieder haben die Anstalten allerdings nicht, da sie überhaupt keine „Mitglieder" haben, aber Zwangsnutzer in Gestalt der Pflichtversicherten. Die Entscheidungen der Vorstände der Landesversicherungsanstalten (RVO. § 1630$^{I}$) und des Direktoriums der Reichsversicherungsanstalt (AVG. § 248) über die beantragten Versicherungsleistungen sind der Rechtskraft fähige Verwaltungsakte. Endlich sind den hauptamtlich beschäftigten Büro-, Kanzlei- und Unterbeamten der Landesversicherungsanstalten, sofern sie nicht schon Beamte sind, die Rechte und Pflichten der staatlichen oder gemeindlichen Beamten zu übertragen (RVO. § 1348); die vom Direktorium der Reichsversicherungsanstalt ernannten „Beamten" (AVG. § 103) sind ohne weiteres Beamte im Rechtssinne.

Ähnliche Verbindungen von körperschaftlichen und anstaltlichen Elementen finden sich bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, die, früher als „Feuersozietäten" bekannt, in Preußen geradezu als „Körperschaften des öffentlichen Rechts" bezeichnet werden[1], bei gewissen Banken und Kreditanstalten und bei der Deutschen Reichsbahngesellschaft. Die Reichsbank[2] z. B. ruht nach dem Bankgesetz vom 30. August 1924/13. März 1930 in ihrem Kapitale auf aktienähnlicher Grundlage. Für das gesamte Grundkapital werden Anteilscheine über je 100 Reichsmark ausgegeben (§ 5); eine Generalversammlung ist die Vertretung der Anteilseigner (§§ 11ff.). Die Verwaltung aber führt ein Reichsbankdirektorium, auf dessen Bildung die Anteilseigner nur mittelbaren Einfluß haben (§§ 6, 16). Der Präsident des Direktoriums ernennt auf dessen Vorschlag die Beamten der Bank; ein Beamtenstatut hat ihnen die Rechte der Reichsbeamten zu wahren und die Pflichten der Reichsbeamten aufzuerlegen, auch das Disziplinarverfahren richtet sich nach den für die Reichsbeamten geltenden dienststrafrechtlichen Vorschriften (§ 9). Schon diese Fähigkeit zur Dienstherrneigenschaft würde die Reichsbank zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts machen; ausdrücklich als solche bezeichnet ist sie, im Gegensatze etwa zur Deutschen Rentenbank-Kreditanstalt und zur Preußischen Staatsbank[3], nicht. Auch bei der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft nach dem Reichsbahngesetz vom 30. August 1924/13. März 1930 bedarf es genauerer Untersuchung über ihre rechtliche Eigenart. Wie die Reichsbank ruht auch die Reichsbahn-Gesellschaft auf aktienrechtlicher Unterlage (§3). Sie ist also ein vom Reiche gesondertes Rechtssubjekt, nimmt daher nicht an den nur für das Reich vorgesehenen Gebührenfreiheiten teil[4]. Eine Anstalt aber ist sie, weil auf die Bildung des Verwaltungsrats die Reichsregie-

---

[1] G. v. 25. Juli 10 § 3. — Der Ausdruck „Körperschaft des öffentlichen Rechts" wird überhaupt vielfach ungenau im Sinne von „juristischer Person des öffentlichen Rechts" verwandt, z. B. im RGes. ü. d. Ablösung öffentlicher Anleihen v. 16. Juli 25 § 46; vgl. Begründung zu § 49 des Entwurfs, Reichstagsdrucks. Nr. 805 S. 22.

[2] Über sie abweichend vom Text Otto Mayer II S. 250ff. mit Schriftenangabe; ihm folgend SächsOVG. 29. Juni 25, Jahrb. 30, 11ff.

[3] RGes. v. 18. Juli 25 § 1, pr. G. v. 22. Febr. 30 § 1. — Andere Beispiele für Kreditanstalten des öffentlichen Rechts: die Landschaften, Landespfandbriefanstalten u. dgl.; über sie Hermes im WStVR. II S. 738ff.

[4] RG. VI 14. Nov. 24, RGZ. 109, 90ff.; PrOVG. 10. Jan. 29, Entsch. 84, 466f.; dagegen v. Kienitz in EisenbE. 41 (1924/25) S. 204ff.

rung einen sehr erheblichen Einfluß nimmt (Satzung § 11) und der Verwaltungsrat es ist, der, vorbehaltlich der Bestätigung des Reichspräsidenten, den Generaldirektor und auf dessen Vorschlag die übrigen Mitglieder des Vorstandes ernennt (§ 19). Und öffentlichrechtlich ist die Anstalt, weil sie kraft Gesetzes daseinsnotwendig ist, der nicht nur negativen Aufsicht der Reichsregierung unterliegt (Gesetz § 31) und ihre Befugnisse außer durch Angestellte und Arbeiter auch durch Reichsbahnbeamte ausübt, die der Dienststrafgewalt des Reichs unterworfen sind (Reichsbahn-Personalgesetz §§ 1, 5). Die Reichsbahnbeamten sind daher auch im Sinne des Strafrechts Beamte[1], die von ihnen ausgestellten Fahrkarten sind öffentliche Urkunden[2]. Wenn eine reichs- oder eine landesrechtliche Gebührenordnung „öffentliche Anstalten" von der Zahlungspflicht befreit, fällt auch die Reichsbahn-Gesellschaft darunter[3].

c) Am zahlreichsten sind die Körperschaften des öffentlichen Rechts, auch Genossenschaften des öffentlichen Rechts genannt. Die Haupttypen sind die Berufsverbände, die Sonderverbände örtlich Beteiligter und die Gebietskörperschaften.

α) Unter den *Berufsverbänden* sind reichsrechtlich bestimmte Arten von Verbänden selbständiger Gewerbetreibender geregelt. Nicht alle Zusammenschlüsse der Handwerker und Fabrikanten gehören dazu, sondern nur die in der Gewerbeordnung genau geregelten Arten des Zusammenschlusses. An erster Stelle nennt das Gesetz die Innungen (§§ 81ff.). „Diejenigen, welche ein Gewerbe selbständig betreiben, können zur Förderung der gemeinsamen gewerblichen Interessen zu einer Innung zusammentreten" (§ 81). Manche von ihren Aufgaben hat nichts Öffentlichrechtliches an sich, so die Pflege des Gemeingeistes, die Aufrechterhaltung und Stärkung der Standesehre unter den Innungsmitgliedern, die Förderung eines gedeihlichen Verhältnisses zwischen Meistern und Gesellen, die Fürsorge für das Herbergswesen, die nähere Regelung des Lehrlingswesens, die Fürsorge für die technische, gewerbliche und sittliche Ausbildung der Lehrlinge (§ 81a); all dies könnte auch Zweck eines privaten Gewerbevereins sein. Auch die Gründung der freien Innungen unterscheidet sich durch nichts von der Gründung eines privaten Vereins: Errichtung eines Statuts durch die Gründer, Genehmigung des Statuts durch die höhere Verwaltungsbehörde (§§ 83, 84), in Preußen den Bezirksausschuß (ZustG. § 124). Ebenso könnten die Innungsorgane: Innungsversammlung, Vorstand und Gesellenausschuß (GewO. §§ 92ff., 95ff.) auch Organe eines Privatvereins sein, allerdings besteht bei den Innungen die Pflicht zur Einrichtung eines Gesellenausschusses, aber dies genügt noch nicht für die Erhebung der Innung über den Bereich des Privatrechts. Frei wie die Gründung ist auch die Auflösung einer Innung; doch kann die Auflösung nur im Beisein eines Vertreters der Aufsichtsbehörde beschlossen werden (§ $96^{VI}$). Auch bieten eine Reihe von Schließungsgründen keinerlei Besonderheiten. Daneben weisen aber die Innungen manche öffentlichrechtliche Eigentümlichkeit auf. Daseinsnotwendig allerdings sind sie, im Gegensatze etwa zu den Zwangssyndikaten der Kohlen- und der Kaliwirtschaft[4], nie; auch die Zwangsinnungen (§§ 100 u. ff.) werden nur gegründet, wenn die Mehrheit der beteiligten Gewerbetreibenden der Einführung des Beitrittszwanges zustimmt (§ $100^{II}$). Auch eine Zwangsmitgliedschaft gibt es bei den Innungen außer den Zwangsinnungen nicht, wohl aber, als deren äußerste Verflüchtigung, den Aufnahmezwang (§ $87^{V}$). Rechtsetzungsakte kann ebenfalls nur die Zwangsinnung vornehmen, da nur sie kraft der Zwangsmitgliedschaft sich mit ihren statutarischen Vorschriften an eine unbestimmte Vielheit von Personen richtet. Beamte hat, soweit

---

[1] RG. I 19. März 26, RGSt. 60, 139ff. [2] RG. I 27. Okt. 25, RGSt. 59, 384ff.

[3] BraunschwVGH. 11. Febr. 25, BraunschwZ. 71 (1925) S. 31ff. Für die Anstaltsnatur der RBahnG. insbesondere auch Anschütz RV.[10] 1929 S. 392.

[4] Reichsgesetze v. 23. März u. 24. Apr. 1919. Vgl. auch RG. IV 30. Okt. 30, RGZ. 130, 169ff. (Außenhandelsstellen als juristische Personen des öff. Rechts).

nicht landesrechtliche Bestimmungen hineinspielen, weder die freie, noch die Zwangsinnung; beide haben nur die Dienstherrnfähigkeit für Angestellte und Arbeiter. So bleiben nur noch übrig die positive Staatsaufsicht und die Befugnis zum Erlasse von Verwaltungsakten; beides finden wir im Innungsrecht. Die Schließung einer Innung ist auch dann zulässig, wenn sie, wiederholter Aufforderung der Aufsichtsbehörde ungeachtet, die Erfüllung der ihr durch § 81a gesetzten Aufgaben vernachlässigt, ein Schließungsgrund, der gegenüber einem privaten Vereine unmöglich wäre. Verwaltungsakte aber sind die Beschlüsse über Umlegung von Beiträgen und Entrichtung von Gebühren und die Verhängung von Ordnungsstrafen durch den Vorstand (§§ $89^{III}$, 92c); denn sie sind ohne gerichtliches Urteil vollstreckbar wie staatliche Entscheidungen und Anordnungen; daß die Innungen keine eigenen Vollziehungsbeamten haben, tut der Öffentlichrechtlichkeit der Akte keinen Abbruch.

Die GewO. kennt neben den Innungen noch Innungsausschüsse, Innungsverbände und Handwerkskammern. Für alle oder mehrere derselben Aufsichtsbehörde unterstehenden Innungen kann ein gemeinsamer *Innungsausschuß* gebildet werden (§ $101^{I}$), in Preußen i. allg. für den Bereich eines Landkreises oder einer Stadt mit mehr als 10000 Einwohnern. Der Innungsausschuß ist nicht ohne weiteres rechtsfähig, sondern nur, wenn ihm die Landeszentralbehörde die Rechtsfähigkeit beilegt (§ $101^{III}$). Auch die den Bereich der Innungs-Aufsichtsbehörde überschreitenden *Innungsverbände* erlangen nur durch besonderen Beschluß des Reichsrats juristische Persönlichkeit (§ 104g). Innungsausschüsse und -verbände werden aber an Wichtigkeit weit von den *Handwerkskammern* übertroffen (§§ 103ff.). Wie schon der Name andeutet, ist der Kreis der von den Handwerkskammern erfaßten Berufe kleiner als der für die Innungen in Betracht kommenden. Daher gibt es in einzelnen Ländern umfassendere Gewerbekammern[1] oder Handels- und Gewerbekammern. Die GewO. macht sich die Tatsache zu Nutze und ermächtigt die in Frage stehenden Landes-Zentralbehörden, unter gewissen Voraussetzungen diesen und ähnlichen Körperschaften die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Handwerkskammern zu übertragen (§ 103q). Im übrigen sind die Handwerkskammern daseinsnotwendig. „Zur Vertretung der Interessen des Handwerkes *sind* Handwerkskammern zu errichten" (§ $103^{I}$). Die Abgrenzung der Bezirke ist den Landes-Zentralbehörden überlassen; in Preußen gibt es 31 Handwerkskammern. Die Kammern haben drei Organe: die „Gesamtheit der Handwerkskammer", in den Satzungen auch „Vollversammlung" genannt, den Vorstand und den Gesellenausschuß. Die „Gesamtheit der Handwerkskammer" besteht aus gewählten Vertretern (§ 103a). Wahlberechtigt sind die in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen (§ 103b). Die Wahl geschieht durch Listen; sie ist allgemein, gleich, unmittelbar und geheim (§ 103c) und gilt für fünf Jahre (§ 103cd). Die Handwerksrolle ist ein von der Handwerkskammer geführtes Verzeichnis, in das die Gewerbetreibenden einzutragen sind, die in dem Bezirke der Handwerkskammer selbständig ein Handwerk als stehendes Gewerbe ausüben (§ $104o^{I}$). Über die Zulässigkeit einer Eintragung in die Handwerksrolle entscheidet bei Streit im letzten Rechtszuge das Reichsverwaltungsgericht, bis zu dessen Errichtung das Reichswirtschaftsgericht (§ 104r). Die Gesamtheit der Handwerkskammer wählt den Vorstand und die nötigen Ausschüsse (§ $103g^{III1}$). Der Gesellenausschuß der Kammer wird in der Regel von den Gesellenausschüssen der Innungen gewählt (§ 103i). Die Hauptaufgaben der Kammer sind Regelung und Überwachung des Lehrlingswesens, Unterstützung der Staats- und Gemeindebehörden in der Förderung des Handwerks durch tatsächliche Mitteilungen und Erstattung von Gutachten, Beratung und Vorlegung von Wünschen und Anträgen an die Behörden, Erstattung von Jahresberichten, Bildung von Prüfungsausschüssen zur Abnahme der Gesellen-

[1] Vgl. z. B. hamb. G. v. 20. Nov. 22, brem. G. v. 17. Juli 21, lüb. G. v. 27. Apr. 06.

prüfung und von Ausschüssen zur Entscheidung über Beanstandungen von Beschlüssen der Prüfungsausschüsse. Sie soll in allen wichtigen Fragen des Handwerks gehört werden und ist befugt, Veranstaltungen zur Förderung der Ausbildung der Meister, Gesellen und Lehrlinge zu treffen und Fachschulen zu errichten und zu unterstützen (§ 103e). Die Handwerkskammern sind rechtsfähig (§ 103n$^{I}$). Da sie sich auf genossenschaftlicher Grundlage aufbauen, daseinsnotwendig sind, einer positiven Staatsaufsicht unterliegen, Zwangsmitglieder haben und ähnlich wie die Innungen Verwaltungsakte erlassen können (§ 103n$^{I}$), sind sie Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die Statuten sprechen dies auch vielfach noch besonders aus. Hervorgehoben sei noch ihre Anordnungsgewalt den Innungen und Innungsausschüssen gegenüber (§ 103f), ihre Rechtsetzungsgewalt auf dem Gebiete des Lehrlingswesens (§ 103g$^{III 4, IV}$) und die Befugnis der Aufsichtsbehörde, die Handwerkskammer zwecks Neuwahl aufzulösen (§ 103oa). Ein Reichsgesetz vom 16. Dezember 1922 faßt alle deutschen Handwerkskammern und die mit den Rechten und Pflichten der Handwerkskammern ausgestatteten Gewerbekammern und Handels- und Gewerbekammern zum Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertag in Hannover zusammen[1], einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, der die Vertretung der gemeinsamen Angelegenheiten der ihm angehörigen Körperschaften obliegt. Ihre Organe sind die Vertreterversammlung und der Vorstand.

Ein landesrechtliches Gegenstück zu den Handwerkskammern bilden die Handelskammern, die vielfach, in Preußen seit einer Verordnung vom 1. April 1924, zu Industrie- und Handelskammern zusammengefaßt sind. Dabei macht die Abgrenzung zwischen Handel und Handwerk, besonders aber zwischen Industrie und Handwerk erhebliche Schwierigkeiten. Das bremische Gesetz über die Vertretung der Industrie vom 17. Juli 1921 bezeichnet als „Industrie" die Gesamtheit der bremischen firmen- und gewerbesteuerpflichtigen Fabrikbetriebe. Was ist aber eine Fabrik? Hier liegt die Notwendigkeit nationalökonomischer Anschauung für den Juristen klar zu Tage. Eine Definition ist kaum möglich. Vielmehr hilft nur der Vergleich mit unzweifelhaften Typen der Fabrik und des Handwerks. Je nachdem sich der fragliche Betrieb mehr dem einen oder mehr dem andern Typ nähert, ist er Fabrik oder ist er Handwerk. Auch das Verhältnis von Hauptbetrieb und Nebenbetrieb ist zu berücksichtigen. Beim Juwelier überwiegt meist das Kaufmännische, auch werden handwerksmäßige Betriebe, wie das Polieren des Glases, durch Eingliederung in eine Fabrik Teile des Fabrikbetriebs. Die Handwerks-Novelle vom 11. Februar 1929 erklärt für erheblich, ob in dem handwerksmäßigen Betriebe überwiegend Neuanfertigungen, Änderungen und Reparaturen für das Gesamtunternehmen ausgeführt oder ob überwiegend Waren zum Absatz an Dritte auf Bestellung hergestellt oder handwerkliche Leistungen auf Bestellung Dritter bewirkt werden (GewO. § 104o$^{II}$). Das hamburgische Gesetz über die Gewerbekammer vom 20. November 1922 enthält als Anhang einen lehrreichen Überblick über die Gruppen der Industriellen und der Handwerker. Mitten in die Streitfragen hinein führt eine Denkschrift der Industrie- und Handelskammer München vom März 1925 mit Nachtrag vom August 1925[2].

Betrachten wir als Beispiel für viele ähnliche Erscheinungen die preußischen Industrie- und Handelskammern[3], so ist ihr Aufbau ähnlich wie jetzt bei den Handwerkskammern. Die Mitglieder der Handelskammern werden von den als Inhaber einer Firma eingetragenen Kaufleuten, Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Bergbautreibenden des Kammerbezirks und einigen andern Per-

[1] Vgl. Handbuch f. d. Deutsche Reich 1931 S. 353.

[2] Zuständigkeitsbereich der Handels- und Handwerkskammern, München 1925; vgl. auch Breiholdt Ein Beitrag zur Frage der Innungspflichtigkeit handwerklicher Großbetriebe, Nebenbetriebe und Regiebetriebe, PrVerwBl. 47 (1926) S. 13f.; PrOVG. 9. Juni 02, Entsch. 41, 341ff.

[3] G. v. 24. Febr. 70/19. Aug. 97 (Fassung v. 22. Aug. 97); VO. v. 1. Apr. 24.

sonen auf sechs Jahre gewählt. In Hamburg trägt diese Wählerschaft den schönen Namen „Versammlung Eines Ehrbaren Kaufmanns“[1]. Die Errichtung von Handelskammern und die Abgrenzung ihres örtlichen Wirkungsbereichs lag in Preußen bis vor kurzem im freien Entschlusse der Kaufleute; seit der Verordnung vom 1. April 1924 hat[2] der Minister für Handel und Gewerbe die Befugnis, die Bezirke der Handelskammern abzugrenzen und bestehende Kammern aufzulösen und zusammenzulegen. Die nach Maßgabe des Gesetzes gewählte Handelskammer tagt in Vollversammlungen. Zu Anfang jeden Jahres wählt sie den Präsidenten und einen oder zwei Stellvertreter. Die Aufsicht führt der Minister für Handel und Gewerbe; auf seinen Antrag kann das Staatsministerium die gewählte Versammlung auflösen und Neuwahlen ausschreiben. Zweck der Handelskammern ist Wahrnehmung der Gesamtinteressen der Handel- und Gewerbetreibenden ihres Bezirkes; insbesondere haben sie die Behörden in der Förderung des Handels und der Gewerbe durch tatsächliche Mitteilungen, Anträge und Erstattung von Gutachten zu unterstützen. Ähnlich wie die Handwerkskammern können sie innerhalb ihrer Aufgaben Anstalten, Anlagen und Einrichtungen begründen, unterhalten und unterstützen, z. B. Getreidespeicher im Freihafengebiet. Für diese ihre Zwecke können sie Beiträge erheben und für deren Einziehung die Hilfe der Gemeinden in Anspruch nehmen. Sie ernennen am Orte ihres Sitzes die Handelsmäkler, stellen Bücherrevisoren u. dgl. als privilegierte Gewerbetreibende an und beeidigen sie (§ 36 GewO.). Sie erteilen die dem Handelsverkehr dienenden Bescheinigungen. Auch kann ihnen die Aufsicht über die Börsen übertragen werden. Nach all dem besteht kein Zweifel, daß auch die Industrie- und Handelskammer eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Das Gesetz erklärt sie allerdings nur für eine juristische Person (§ $35^{I}$ HKG.), ohne sich über die Art der juristischen Persönlichkeit auszulassen. Aber schon die Tatsache, daß sie ein den heraldischen Adler enthaltendes Siegel führt (§ $35^{IV}$), deutet auf die Absicht des Gesetzes hin, sie zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu machen. Die Rechtsprechung billigt denn auch den „Beamten“ der Industrie- und Handelskammern die Eigenschaft mittelbarer Staatsbeamten zu[3], ähnlich wie es Ziff. 120 der preußischen Ausführungsanweisung zur Gewerbeordnung für die Sekretäre und sonstigen beamtenmäßig Angestellten der Handwerkskammern tut. Doch handelt es sich hier um eine preußische, auf § 69 II 10 ALR. zurückgehende Eigentümlichkeit, die man nicht unbesehen auf außerpreußische Verhältnisse übertragen darf. Als private Gesamtvertretung der Industrie- und Handelskammern besteht der Deutsche Industrie- und Handelstag in Berlin[4].

Eine dritte wichtige rechtsfähige Berufsvertretung nach Art der Handwerks- und der Industrie- und Handelskammern sind die Landwirtschaftskammern[5], denen in Bayern die in eigentümlicher Stufenfolge gegliederten Bauernkammern (Bezirks-, Kreisbauernkammern, Landesbauernkammer) entsprechen[6]. Auch Braunschweig hat neben einer Landwirtschaftskammer eine Anzahl landwirtschaftlicher Amtsvereine mit der Besonderheit, daß in beiden Arten von Berufsverbänden auch die Arbeitnehmer zu einem Drittel vertreten sind[7]. Besonders erfinderisch auf dem Gebiete der Berufsvertretungen sind Hamburg und Bremen. So gibt es in Hamburg eine Detaillistenkammer zur Vertretung der Interessen des Einzelhandels[8] und eine Kammer der Vereinigung nicht gewerblicher Ver-

[1] Hamb. G. v. 17. März 19 §§ 24ff.

[2] Trotz der Warnungen Zorns in d. Bonner Festg. f. Zitelmann 1923 S. 167ff. Über die Gültigkeit der VO. wird vielleicht noch einmal der RStGH. zu entscheiden haben.

[3] PrOVG. 21. März 90, Entsch. 19, 62ff. Vgl. auch Weisbart ZBeamtR. 1 (1928) S. 167ff.

[4] Vgl. Handbuch f. d. Deutsche Reich 1931 S. 349ff.

[5] Pr. G. v. 30. Juni 94. Vgl. dazu PrOVG. 6. Juli 14, Entsch. 68, 414ff.

[6] Bay. G. v. 20. März 20. [7] Braunschw. G. v. 10. Nov. 23.

[8] Hamb. G. v. 10. Dez. 20. Vgl.: Die Detaillistenkammer Hamburg 1904—1929 (1929).

braucher[1], in Bremen eine Kleinhandelskammer, eine Arbeiter- und eine Angestelltenkammer[2]. Solche Vertretungen der Arbeiter und Angestellten bilden eine Vorstufe zu den von der RV. vorgesehenen Bezirksarbeiterräten (Art. $165^{\text{II, III}}$) und legen die Frage nahe, ob etwa auch die Betriebsräte oder die hinter ihnen stehende Gesamtheit der Arbeiter und Angestellten eines Betriebes juristische Persönlichkeit besitzen[3]. Die mehrfach erörterte Frage ist zu verneinen, da sich für uns Rechtsfähigkeit und Fähigkeit, auch Privatrechtssubjekt zu sein, decken und die Privatrechtsfähigkeit der „Belegschaft“ oder dem Betriebsrat sicher nicht zusteht[4]. Endlich haben auch gewisse freie Berufe ihre Vertretungen. Reichsrechtlich geregelt ist die Vertretung der Rechtsanwälte durch die Anwaltskammern[5], landesrechtlich die Vertretung der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker durch besondere Ärzte-, Zahnärzte-, Tierärzte- und Apothekerkammern[6]. Neben den wohlbekannten Befugnissen der Berufsvertretungen findet sich hier auch die Einrichtung von Ehrengerichten, einer Art von Disziplinargerichten auf genossenschaftlicher Grundlage[7]. So entscheidet über Verfehlungen des Rechtsanwalts im ersten Rechtszuge ein aus fünf Vorstandsmitgliedern der Anwaltskammer bestehendes Ehrengericht mit der Befugnis, Warnungen, Verweise, Geldstrafen oder Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft als Strafe auszusprechen (RAO. §§ 63, 67); im zweiten Rechtszuge entscheidet der Ehrengerichtshof, der aus dem Präsidenten, zwei Senatspräsidenten und sechs Mitgliedern des Reichsgerichts und sechs Mitgliedern der Anwaltskammer beim Reichsgericht besteht und in zwei siebenköpfige Senate geteilt ist (§ 90). Nach dem preußischen Gesetze vom 25. November 1899 wird für den Bezirk jeder Ärztekammer ein ärztliches Ehrengericht, für das ganze Land ein ärztlicher Ehrengerichtshof gebildet (§ 1). Das Ehrengericht besteht aus dem Vorsitzenden, drei Mitgliedern der Ärztekammer und einem vom Vorstande auf sechs Jahre gewählten richterlichen Mitglied (§ $7^{\text{I}}$), der Ehrengerichtshof aus dem Leiter der Medizinalabteilung des Ministeriums für Volkswohlfahrt, vier Mitgliedern des aus Abgeordneten der Ärztekammern in Berlin gebildeten Ärztekammerausschusses und zwei vom Staatsministerium ernannten Ärzten (§ 43); er entscheidet in der Besetzung von sieben Mitgliedern (§ $44^{\text{I}}$). Die zulässigen ehrengerichtlichen Strafen sind Warnung, Verweis, Geldstrafe, auf Zeit beschränkte oder dauernde Entziehung des aktiven Wahlrechts und der Wählbarkeit zur Ärztekammer (§ $15^{\text{I}}$). Die Strafe der Berufsuntersagung fehlt hier mit Rücksicht auf GewO. § $143^{\text{I}}$, wonach die Berechtigung zum Gewerbebetriebe weder durch richterliche noch durch administrative Entscheidung entzogen werden kann.

Neben all diesen den ganzen Beruf ergreifenden Verbänden gibt es auch Berufskörperschaften mit Sonderzwecken. Am wichtigsten sind die Körper-

---

[1] Hamb. G. v. 21. Juli 20.

[2] Bremische Gesetze v. 17. Juli 21. Wegen der gegen die Gültigkeit des Arbeiterkammer- und des Angestelltenkammergesetzes zu erhebenden Bedenken Erwin Jacobi Grundlehren des Arbeitsrechts 1927 S. 83 N. 6; G. Löning, Neue ZArbR. 9 (1929) Sp. 593ff., 673ff., HansRGZ. A 1930 Sp. 607ff. Für die Gültigkeit Sinzheimer, Neue ZArbR. 10 (1930) Sp. 593ff.

[3] Vgl. hierüber Kaskel Arbeitsrecht$^{3}$ 1928 S. 288ff.

[4] So mit Recht — im einzelnen von einander abweichend — Erwin Jacobi a. a. O. S. 292ff. und Tatarin-Tarnheyden in Nipperdey III S. 569f.

[5] RAO. §§ 41ff. — Über die Eigenschaft der Anwaltskammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts vgl. A. u. M. Friedländer Kommentar z. RAO.$^{3}$ 1930 S. 337.

[6] Preußische Gesetze v. 30. Dez. 26 (Ärzte), 17. Apr. 23 (Zahnärzte), 21. Apr. 23 (Apotheker), 13. Apr. 28 (Tierärzte). — Vorbildlich als Kodifikationen das badische G., d. Rechtsverhältnisse des Sanitätspersonals betr., v. 10. Okt. 06, das württembergische G. ü. d. öff. Berufsvertretung der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker v. 29. Mai 25 mit Ehrengerichtsordnung v. 1. Dez. 28 und das gleichartige bayerische Gesetz v. 1. Juli 27.

[7] Für deren Vereinbarkeit mit RV. Art. 105 mit Recht HambOVG. 9. Okt. 29, HansRGZ. A 1930 Sp. 165ff.

schaften der sozialen Versicherung: die Krankenkassen[1] und die Berufsgenossenschaften. Die Reichsversicherungsordnung unterscheidet Ortskrankenkassen, Land-, Betriebs-, Innungskrankenkassen und die See-Krankenkasse und erwähnt noch den Reichsknappschaftsverein (§ 225). Um nur die Ortskrankenkassen als Beispiel zu erwähnen, so sind sie öffentliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft und Beitrittsberechtigung. Die Geschäfte der Kasse besorgen der Vorstand und der Ausschuß (§ 327). Der Ausschuß besteht, entsprechend der Beitragsverteilung, zu einem Drittel aus Vertretern der beteiligten Arbeitgeber und zu zwei Dritteln aus Vertretern der Versicherten (§ 332). Im gleichen Verhältnis wählen die Vertreter der Arbeitgeber und der Versicherten im Ausschuß getrennt aus ihrer Gruppe die Vorstandsmitglieder (§ 335). Die Merkmale der Körperschaft des öffentlichen Rechts finden sich bei den Ortskrankenkassen fast oder ganz ohne Ausnahmen verwirklicht: Daseinsnotwendigkeit (§ 232), positive Aufsicht (§§ 30ff.), Zwangsmitgliedschaft (§§ 165ff.), Rechtsetzungsgewalt (z. B. § 192), vollstreckbare Verwaltungsakte (z. B. §§ $529^{I}$, $28^{I}$, $115^{I}$). Verwaltung durch Angestellte ist zwar die Regel, doch konnte die Landesregierung den auf Lebenszeit, unwiderruflich oder mit Anrecht auf Ruhegehalt angestellten „Beamten" der Krankenkassen die Rechte und Pflichten der staatlichen oder gemeindlichen Beamten übertragen (§ $359^{IV}$ a. F.), und als Übergangsrecht gilt diese Vorschrift auch heute noch; außerdem kennt auch das jetzige Recht Krankenkassenangestellte, die nach Landesrecht staatliche oder gemeindliche Beamte sind (§ $351^{I}$)[2]. Während bei den Krankenkassen der Schwerpunkt der Verwaltung auf den Versicherten (Arbeitern, Angestellten u. a.) ruht, sind die Berufsgenossenschaften körperschaftliche Zusammenschlüsse der Unternehmer versicherungspflichtiger Betriebe. In der Genossenschaftsversammlung und dem von ihr gewählten Vorstand sitzen nur Unternehmer. Die versicherten Arbeiter usw. sind nicht vertreten, da die Unfallversicherung aus dem Gedanken einer Haftpflichtversicherung der Unternehmer gegen Inanspruchnahme nach dem Haftpflichtgesetz entstanden ist, die Arbeitnehmer auch keine Beiträge entrichten. Das Gesetz unterscheidet Berufsgenossenschaften der Gewerbe-Unfallversicherung (§§ 623ff.), der landwirtschaftlichen Unfallversicherung (§§ 956ff.) und der See-Unfallversicherung (§§ 1118ff.). Das Öffentlichrechtliche ist bei den Berufsgenossenschaften ähnlich ausgeprägt wie bei den Krankenkassen, doch sieht das Gesetz Genossenschaftsbeamte im engen Wortsinne nicht vor[3].

*β) Sonderverbände örtlich Beteiligter* finden wir vor allem auf dem Gebiete des Wasserrechts. Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913, um nur ein neues Beispiel zu nennen, sieht vierzehnerlei Zwecke vor, zu deren Verwirklichung Wassergenossenschaften gebildet werden können[4], so Unterhaltung und Ausbau von Wasserläufen, Unterhaltung der Ufer, Reinhaltung von Gewässern, Entwässerung und Bewässerung von Grundstücken, Anlegung, Unterhaltung und Ausnutzung von Stauanlagen, also auch von Talsperren, und von Wasserversorgungsanlagen, Beseitigung von Hindernissen des Hochwasserabflusses, Aufhöhung und Aufspülung von Grundstücken im Interesse der Bodenkultur (§ 206). Außerdem kennt das Gesetz Deichverbände (§§ 294ff.). Besondere Gesetze regeln die Rechtsverhältnisse gewisser, für bestimmte Flußgebiete zu bildender Genossenschaften, so das Ruhrreinhaltungsgesetz vom 5. Juni 1913 und das Ruhrtalsperrengesetz und

---

[1] Über deren Eigenschaft als Körperschaften des öffentlichen Rechts PrOVG. 18. Dez. 28 Entsch. d. RVA. 24, 415ff.

[2] Vgl. über die Rechtslage DERSCH Die neue RVO. 1925 § 351 Anm. 1; FR. HOFFMANN RVO. (Kommentar von HANOW u. a.) 2. Buch[8] 1929 S. 420ff.; v. LOEWENSTEIN PrVerwBl. 47 (1926) S. 272f.; VON GELDERN MSchrArbAngVers. 19 (1931) S. 1ff. (mit Forts.); RG. III 2. Febr. 28, RGSt. 62, 24ff.

[3] Vgl. RG. III 18. Mai 26, RGZ. 114, 22ff.

[4] Die aber nicht, wie SCHLEGELBERGER RVerwBl. 51 (1930) S. 90ff. annimmt, die Rechtsfähigkeit der Genossenschaften einschränken.

das Sesekegesetz vom gleichen Tage. Die Wassergenossenschaften des Wassergesetzes sind entweder freie, durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten zu gründende Genossenschaften oder auf Mehrheitsbeschluß beruhende Genossenschaften mit Beitrittszwang oder ohne Zustimmung der Mehrheit zu bildende Zwangsgenossenschaften (§ 207), doch können die beiden letzten Arten von Genossenschaften nicht für alle vierzehn Zwecke gebildet werden. Auch die freien Genossenschaften sind aber Körperschaften des öffentlichen Rechts. Denn sie unterstehen einer staatlichen Aufsicht, die darüber wacht, daß die genossenschaftlichen Anlagen ordnungsmäßig ausgeführt, unterhalten und wiederhergestellt werden (§ $217^{\mathrm{II}}$), die also nicht rein negativ ist und sich bis zur Zwangseinschreibung der nötigen Ausgaben in den Haushaltsplan der Genossenschaft steigern kann (§ $219^{\mathrm{I}}$). Auch kann der Vorstand gegen den einzelnen Genossen Anordnungen erlassen und durch Ersatzvornahme durchsetzen oder ihnen durch Zwangsgeldstrafen Nachdruck verschaffen (§ 227), Verwaltungsakte, wie sie in reinerer Form auch im Polizeirecht nicht vorkommen. Rückständige Beiträge, durch Ersatzvornahme entstehende Kosten und Zwangsgeldstrafen können im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden (§ $229^{\mathrm{I}}$). Die Beamteneigenschaft der Vorstandsmitglieder wird bei den Zwangsgenossenschaften und den Deichverbänden allgemein bejaht, doch läßt sich kein durchschlagender Grund für die Unterscheidung zwischen den einzelnen Arten von Genossenschaften anführen[1]. Die Deichverbände haben vor allem die Besonderheit, daß sie immer Verbände mit Beitrittszwang oder Zwangsverbände sind (§ 294) und daß die Wahl des Deichvorstehers (Deichhauptmanns, Deichrichters, Deichgrafen, Deichgräfen usw.) der Bestätigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf (§ $299^{\mathrm{II}}$). Der Deichvorsteher nimmt neben seinen sonstigen hoheitlichen Befugnissen die örtliche Polizei zum Schutze der Deiche und der zugehörigen Anlagen wahr (§ $307^{\mathrm{I}}$). Ebenfalls den Wassergenossenschaften nachgebildet sind die Fischereigenossenschaften nach §§ 36ff. des Fischereigesetzes vom 11. Mai 1916. Das Gesetz unterscheidet Genossenschaften zu geregelter Aufsichtsführung und gemeinschaftlichen Maßnahmen zum Schutze des Fischbestandes (Schutzgenossenschaften) und solche zu gemeinschaftlicher Bewirtschaftung und Nutzung der Fischgewässer samt Fangverwaltung (Wirtschaftsgenossenschaften). Beide Arten von Genossenschaften können als freie Genossenschaften und als Genossenschaften mit Beitrittszwang gebildet werden. Nur Schutzgenossenschaften sind auch als Zwangsgenossenschaften zulässig (§§ 65f.).

Andere Sonderverbände örtlich Beteiligter sind z. B. die Waldgenossenschaften nach dem preußischen Gesetz vom 6. Juli 1875, während die Jagdgenossenschaften nach § 16 der Jagdordnung vom 15. Juli 1907 mehr den Charakter rechtsfähiger Zusammenfassungen wirtschaftlicher Werte haben. Auch die Bodenverbesserungsgenossenschaften nach dem preußischen Gesetze vom 5. Mai 1920 und die Landlieferungsverbände, die nach Maßgabe des Reichssiedelungsgesetzes vom 11. August 1919 in den einzelnen Ländern zu bilden sind[2], gehören hierher. Die hamburgische Gesetzessprache nennt solche Sonderverbände örtlich Beteiligter ganz allgemein „Interessentschaften“[3].

$\gamma$) Die *Gebietskörperschaften* stellen die höchste Stufe der Körperschaften des öffentlichen Rechtes dar. Nach Ausscheidung des Staates als der obersten Gebietskörperschaft sind es die bekannten, in ihrer Organisation schon früher (§ 4) geschilderten Gemeinden und höheren Kommunalverbände, die uns hier

---

[1] Ebenso Holtz-Kreutz-Schlegelberger Pr. Wassergesetz II$^{4}$ 1931 S. 83ff. zu § 212, Bochalli Wassergenossenschafts- u. Deichrecht$^{2}$ 1925 S. 23 und schon früher RG. IV 10. Dez. 85, PrVerwBl. 8 (1886/7) S. 182f. — Abweichend für das frühere Recht PrOVG. 23. Jan. 97, PrVerwBl. 18 (1897) S. 231f., und heute noch Lenhard-Reichau Pr. Wassergesetz 1918 S. 465.

[2] Vgl. z. B. pr. AG. v. 15. Dez. 19 § $14^{\mathrm{IV}}$.

[3] Hamb. LGemO. v. 2. Jan. 24 Art. 46; Bek. v. 19. Juli 26 Art. 1.

begegnen. Das den Gebietskörperschaften Eigentümliche ist die Gebietshoheit, kraft deren jedermann, der sich auf dem Gebiete aufhält, der Herrschaft der Körperschaft unterworfen ist. Auch die Sonderverbände örtlich Beteiligter allerdings bauen sich auf räumlicher Grundlage auf, aber nur die Beteiligten sind der Verbandsgewalt unterworfen, nur der Anlieger am Wasserlauf z. B., nicht der zufällig am Wasser Weilende. Die örtliche Polizeigewalt des Deichvorstehers nach § 307 I des preußischen Wassergesetzes bildet eine Ausnahme von der Regel. Auch die Errichtung der Berufsvertretungen für bestimmte Bezirke erhebt diese nicht zu Kommunalverbänden. Der Gewalt der Ärztekammern sind eben nur die Ärzte, nicht die Apotheker des Bezirks unterworfen, während die Ortsstatuten einer Stadt alle treffen können, die sich im Stadtgebiet aufhalten. Das preußische Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 erklärt u. a. die zu einem öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmten, einem „kommunalen Verbande" gehörigen Grundstücke für grundsteuerfrei (§ 24 I c). Als eine Landwirtschaftskammer das Steuervorrecht für sich in Anspruch nahm, wurde sie mit Recht abgewiesen[1].

d) Die Rechtsstellung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts außerhalb des Landes, kraft dessen Gesetzgebung sie juristische Personen des öffentlichen Rechtes sind, ändert sich nur, soweit die Ausübung von Hoheitsbefugnissen in Frage steht. Die statutarischen Vorschriften der württembergischen Ärztekammer gelten nur innerhalb Württembergs, die Zwangsmitgliedschaft für die braunschweigische Landwirtschaftskammer nur für die Besitzer braunschweigischer Grundstücke, der Vorstand einer preußischen Wassergenossenschaft kann Zwangsstrafen nur gegen einen mit preußischem Grundbesitz Beteiligten androhen. Dagegen bleibt den juristischen Personen des öffentlichen Rechts das Öffentlichrechtliche als allgemeine Eigenschaft auch außerhalb der Landesgrenzen. Nach § 119 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 12. Mai 1901 unterliegen die auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften errichteten öffentlichen Versicherungsanstalten den Vorschriften des Gesetzes nicht. Eine preußische Feuerversicherungsanstalt des öffentlichen Rechts betreibe außer in der Provinz, für deren Bereich sie errichtet ist, das Unternehmen auch im Nachbarlande. Wird sie für diesen Teilbetrieb eine juristische Person des Privatrechts, die der Genehmigung nach dem Gesetze bedarf[2]? Dies ist nicht anzunehmen. Vielmehr ist der Sinn des Gesetzes der, daß ein Versicherungsunternehmen, dem das Landesgesetz sogar juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts beilegt, solche Gewähr für Zuverlässigkeit bietet, daß es einer weiteren Genehmigung nicht bedarf.

**4. Der Staat.** Wenn uns als letzte juristische Person noch der Staat begegnet, so denken wir an ihn nicht als verwaltendes Subjekt, denn hiervon ist im ganzen Buche die Rede, sondern als eine der Verwaltung selbst unterworfene Persönlichkeit. Unterliegt auch der Staat, wenn er bauen will, der polizeilichen Genehmigungspflicht? Kann die Ortspolizeibehörde dem Militärbefehlshaber die Vornahme einer Nachtübung aus polizeilichen Gründen verbieten? Kann die Gemeinde zum Zwecke der Verbreiterung einer Straße ein staatliches Dienstgebäude enteignen? Die Fragen gelten entsprechend auch für Kommunalverbände oder sonstige Träger öffentlicher Gewalt, da auch hier ein Verwaltungszweig mit einem andern zusammenstoßen kann.

Keine Schwierigkeit bereitet die passive Verwaltungsfähigkeit des Fiskus als reinen Privatrechtssubjekts. Hat der Fiskus ein Wohnhaus geerbt, so wird er beim Erlasse polizeilicher Anordnungen wegen Beseitigung ordnungswidriger Zustände, bei Enteignungen, bei Heranziehung zur Straßenreinigung, zum Feuerlöschdienst, zur Hergabe von Bauholz nicht anders behandelt als jeder Privatmann[3]. Auch die Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus ist zulässig, mit den Einschränkungen

[1] PrOVG. 20. Juni 13, Entsch. 64, 257ff.

[2] So Zehnter-Brandstätter RGes. ü. d. priv. VersUnt.[2] 1920 S. 28.

[3] Vgl. PrOVG. 21. Dez. 16, 29. Febr. 16, 12. Okt. 15 (Entsch. 72, 288ff.; 70, 238ff., 248ff.).

allerdings, die auch im Zivilprozeßrecht hierfür gelten[1]. Besondere gesetzliche Bestimmungen können den Fiskus auch als Privatperson bevorrechten. So kommt es häufig vor, daß staatliche Neubauten der ortspolizeilichen Genehmigung nicht bedürfen, gleichgültig, zu welchen Zwecken sie errichtet werden[2]. Aber die Regel bleibt Gleichsetzung des Fiskus mit jedem anderen. Das Reichsgesetz über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und der Gemeinden vom 10. August 1925 bestätigt sie deutlich. Danach haben das Reich einerseits, die Länder und Gemeinden andererseits das Recht, den andern Teil zu Gebühren, Beiträgen und Steuern heranzuziehen, es sei denn, daß bei den Verwaltungsgebühren „die Handlungen der Behörden *in Ausübung einer öffentlichen Gewalt* veranlaßt oder vorgenommen werden" (§ $1^{I}$) oder bei den Verkehrssteuern „die Behörden mit den Handlungen, die den Anlaß der Besteuerung bilden,.. eine *ihnen anvertraute öffentliche Gewalt* ausüben" (§ $6^{I}$) oder es sich bei den Grund- und Gebäudesteuern „um Grundstücke handelt, die zu einem *öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmt* sind" (§ $4^{I}$).

Gerade diese Einschränkungen deuten aber darauf hin, daß der *hoheitliche Staat* anders zu behandeln ist als der Fiskus. Wohl wird das Gesetz auch ihn dem Privatmann gleichsetzen, wo die Billigkeit es erfordert. So macht das soeben erwähnte Besteuerungsgesetz bei der Heranziehung zu Beiträgen, insbesondere Straßenbaubeiträgen (§ $2^{I}$), keinen Unterschied zwischen hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Betrieben; bei der Heranziehung zu Zuschüssen an die Gemeinden wegen des ihnen erwachsenden Mehraufwandes nennt das Gesetz die Reichsbetriebe, die der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen, sogar an erster Stelle (§ $8^{I}$). Aber die Regel bildet *Freiheit der hoheitlichen Staatsverwaltung von der Unterworfenheit unter die Verwaltungshoheit einer andern, dienstlich nicht vorgesetzten Behörde*. So sind Eisenbahngrundstücke im allgemeinen weder der baupolizeilichen Gewalt der Ortspolizeibehörde noch dem Anschluß an eine Wassergenossenschaft im Wege des Zwangs noch polizeilichen Entwässerungsmaßregeln noch der gemeindlichen Fluchtliniengewalt unterworfen[3]; ihr Betreten durch Beamte der Ortspolizei ist nur im Benehmen mit der Bahnbehörde gestattet[4]. Auch der Polizeibefehl zum Abtragen eines baufälligen, aber unter Denkmalschutz stehenden Giebels entbindet nicht von der Einholung der für die Beseitigung denkmalgeschützter Gebäude vorgesehenen behördlichen Erlaubnis[5]. Die Wegepolizeibehörde kann nicht zwecks Verbreiterung des Weges die Änderung der Anlage eines Festungstores anordnen, auch nicht einen über einen Truppenübungsplatz führenden Weg für den öffentlichen Verkehr in Anspruch nehmen[6]. Selbst eine Polizeiverordnung über die Beleuchtung von Fuhrwerken zur Nachtzeit bindet einen Militärbefehlshaber nicht, wenn er nach pflichtmäßigem Ermessen zu Übungszwecken unbeleuchtetes Fahren befohlen hatte[7]. Wenn dessen ungeachtet die Zivilgerichte den Rechtsweg für Klagen gegen gefährdende Schießübungen für zulässig erklären und den Reichsmilitärfiskus sogar schon „zur Vermeidung einer Geldstrafe von 300 M. für jeden Übertretungsfall" verurteilt haben, „sich in Zukunft der Störung des Klägers in dem Besitze seines Grundstückes durch Bewerfen desselben mit Ge-

[1] Vgl. z. B. sächs. G. v. 30. März 14; hamb. Verhältnisgesetz v. 23. April 79/10. Okt. 23 § 3a; vgl. auch oben S. 25 N. 1.

[2] Z. B. brem. BauO. v. 1./21. Okt. 06 § 13.

[3] PrOVG. 8. Dez. 14, 6. Apr. 22, Entsch. 68, 446ff. u. 78, 343ff.; PrOVG. 14. März 18, PrVerwBl. 40 (1919) S. 120ff.; PrOVG. 10. Juli 14, Entsch. 68, 428ff. Vgl. auch WürttVGH. 19. Nov. 24, WüRV. 19 (1926) S. 135ff.; ferner AO. § $202^{V}$.

[4] PrOVG. 28. Nov. 29, Entsch. 85, 434ff. Über das Verhältnis von Bahn- und Ortspolizei vgl. auch G. Müller u. Charitius JW. 1930 S. 2833ff., 1931 S. 845f.

[5] HessVGH. 14. Juni 24, Entsch. 7, 1ff.

[6] PrOVG. 2. Mai 12, Entsch. 61, 274ff.; PrOVG. 28. Jan. 26, Entsch. 80, 253ff. (mit weiteren Nachweisen).

[7] RG. I 23. Okt. 25, RGSt. 59, 404ff.

schossen ... zu enthalten"[1], so hängt dies mit der Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte zusammen, vermöge deren der Bürger ganz schutzlos wäre, wenn ihm nicht die ordentlichen Gerichte hülfen.

Die sachgemäße Lösung derartiger Zusammenstöße zweier hoheitlicher Verwaltungen ist nicht der Kampf beider Verwaltungen gegeneinander, sondern die Anrufung der nächsten gemeinsamen vorgesetzten Behörde oder der beiden zuständigen Minister. Wohl gibt es Fälle, wo rasche Abwehr nötig ist. So wollte ein Gerichtsvollzieher dem Bürgermeister mitten in der Beurkundung einer Geburtsanzeige, die er als Standesbeamter entgegennahm, ein Schriftstück zustellen; der Bürgermeister wußte sich nicht anders zu helfen, als den zudringlichen Gerichtsvollzieher gewaltsam aus dem Zimmer zu drängen; dem wegen Amtsnötigung angeklagten Bürgermeister bescheinigte das preußische OVG. die Innehaltung der Grenzen seiner Amtsbefugnisse, mit Recht, da er nur den Grundsatz der Unabhängigkeit zweier hoheitlicher Verwaltungen voneinander gegen die Störung durch den Gerichtsvollzieher verteidigt hatte[2]. In der Regel ist aber Zeit zum Bericht nach oben. Will also z. B. eine Stadt ein Universitätsgebäude enteignen, so berichtet sie durch Vermittlung des Regierungspräsidenten an den Minister des Innern, und Sache des Ministers ist es, sich mit dem Unterrichtsminister zu einigen oder die Entscheidung des Staatsministeriums anzurufen. Bei einem Zusammenstoß zwischen Polizei und Militär sind der Innenminister des Landes und der Reichswehrminister die zuständigen Partner der Verhandlungen. Kommt es hier zu keiner Einigung, so liegt eine Streitigkeit nichtprivatrechtlicher Art zwischen dem Reich und einem Lande vor, über die, soweit es sich um eine Rechtsstreitigkeit handelt, auf Anrufen eines Teils der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich entscheidet (RV. Art. 19$^{\mathrm{I}}$).

## § 9. Die Rechtsverhältnisse in der Verwaltung. Öffentliche Pflichten und Rechte.

Otto Mayer I S. 103ff., 238; Fleiner S. 150ff., 164ff.; Schoen S. 275ff.; Loening S. 8 ff.; G. Meyer-Anschütz S. 946 ff.; Herrnritt S. 70 ff.; Merkl S. 129ff.; Kormann in AnnDR. 1911 S. 912ff.; Gerber S. 16ff.; WürttVRO. S. 96ff., 583ff.

Walz Über die sachartige Natur der auf Grund des Ortsstraßengesetzes zu leistenden Kostenbeiträge, BadVerwZ. 1899 S. 1ff., 13ff.; Lammfromm Über Kanalbeitragslasten, WürttZ. 47 (1905) S. 246ff.; Hirsch Über Baulasten, WüRV. 5 (1912) S. 241ff., 265ff., 289ff.; Schultzenstein Die rechtl. Eigensch. d. Anspruchs a. d. Anliegerbeitrag, JW. 1916 S. 169ff., 240ff.; K. Friedrichs Über öffentliche dingliche Rechte, PrVerwBl. 39 (1918) S. 297ff.; Kossmann Die Dinglichkeit der Beiträge des § 9 Kommunalabgabengesetzes und des § 15 Baufluchtliniengesetzes, PrVerwBl. 39 (1918) S. 364ff., 375ff. (dazu Loewe ebenda S. 565f.).

O. Bähr Der Rechtsstaat 1864 S. 34ff.; G. Jellinek System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892, 2. Aufl. 1905; G. Meyer Der Staat und die erworbenen Rechte 1895; Mansfeld Der publizistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogtum Braunschweig 1895; derselbe Nochmals der publizistische Reaktionsanspruch, BraunschwZ. 45 (1898) S. 18ff.; Giese Die Grundrechte 1905; Fleiner Einzelrecht und öffentliches Interesse, Staatsr. Abhandlungen, Festg. f. Laband II 1908 S. 1ff.; Vossen Schutz der Gewerbefreiheit und der Verfassungsrechte durch das PrOVG.[2] 1910; A. Affolter Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis 1911; Anschütz VerfUrkunde f. d. pr. Staat I 1912 S. 91ff.; derselbe RV.[10] 1929 S. 445ff.; Eckhardt Die Grundrechte vom Wiener Kongreß bis zur Gegenwart 1913; Bühler Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung 1914 (dazu meine Besprechung im ArchÖffR. 32, 1914, S. 580ff.); derselbe Zur Theorie des subj. öffentl. Rechts, Festg. f. Fleiner 1927 S. 26ff.; Oeschey Die Freiheitsrechte nach deutschem Reichs- und Landesstaatsrecht, BlAdmPr. 66 (1916) S. 63ff., 81ff.; Friedrichs Subjektive Rechte, AnnDR. 1921/22 S. 209ff.; derselbe Der Allg. Teil d.

[1] RG. V 27. Mai 03, RGZ. 55, 55ff.

[2] PrOVG. 9. Nov. 87, Entsch. 15, 439ff. Diese Entscheidung zeigt, daß auch die Universitätsverwaltung der Polizei nicht so ganz schutzlos preisgegeben ist, wie der pr. Min. d. I. in seinem Erlasse v. 28. Nov. 30, MinBliV. Sp. 1141f., offenbar annimmt. Außer der völligen Immunität, die für die Universitäten in der Tat nicht gilt, gibt es eben noch den Gesichtspunkt der Kollision zweier Hoheitsverwaltungen. Vgl. auch Antwort des sächs. Min. d. I. auf die Anfrage v. 10. Dez. 30, LTagsdrucks. Nr. 212.

Rechts 1927 S. 252ff.; L. RICHTER Das subjektive öffentliche Recht, ArchÖffR. N. F. 8 (1925) S. 1ff.; THOMA Grundrechte und Polizeigewalt, Festg. für d. PrOVG. 1925 S. 183ff.; DERSELBE in NIPPERDEY I S. 1ff.; HOFACKER Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen 1926 (dazu BÜHLER in der JW. 1927 S. 431f.); DERSELBE Der Einzelne und die Gesamtheit 1930; DERSELBE Die Auslegung der Grundrechte 1931; C. SCHMITT Verfassungslehre 1928 S. 157ff.; STIER-SOMLO Art. „Wohlerworbene Rechte" im HWBRW. VI 1929; HENSEL Grundrechte und Rechtsprechung, in O. SCHREIBER Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben I 1929 S. 1ff.; BUSCHKE Die Grundrechte der Weimarer Verfassung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Hall. Diss., auch im Buchh.) 1930; BERNHEIMER Begriff und Subjekte der verfassungsmäßigen Rechte nach der Praxis des Bundesgerichts 1930; SCHANTZ Das subj. Recht als Bestandteil d. allg. Teils d. Rechtsordnung 1931. — Kommentare zum zweiten Hauptteil der Reichsverfassung. — SECKEL Die Gestaltungsrechte des bürg. Rechts, Festg. f. Koch 1903 S. 205ff.; NAWIASKY Forderungs- und Gewaltverhältnis, Festschr. f. ZITELMANN 1913; H. RÜHL Zur Konstruktion der Rechtsbeziehungen zwischen staatlichen Behörden 1926.

MORAWITZ Das subjektive öffentliche Recht und die Judikatur des VGH. in Braunschweig, BraunschwZ. 57 (1910) S. 2ff.; HAMPE Die baupolizeilichen und nachbarrechtlichen Abstandsregeln der braunschw. BauO. und der Schutz des Grundstücksnachbarn gegen Verletzung dieser Vorschriften, BraunschwZ. 62 (1915) S. 67ff.; VON GEHE Inwieweit lassen sich aus dem Allg. Baugesetze subjektive öffentliche Rechte ableiten? FischersZ. 39 (1911) S. 97ff.; BRACHMANN Welche Vorschriften des sächsischen Baurechtes dienen dem Rechtsschutze Dritter? FischersZ. 42 (1913) S. 213ff. Aufsätze über das subjektive öffentliche Recht des Nachbarn in Württemberg von HOFACKER in der WürttZ. 64 (1922) S. 27ff., 49ff.; 65 (1923) S. 103ff.; 66 (1924) S. 255ff., von GEIER WürttZ. 64 (1922) S. 145ff., von BÜHLER ebenda S. 150ff. — GLUTH Genehmigung und subjektives Recht, ArchÖffR. 3 (1887) S. 569ff.; KULISCH System des österreichischen Gewerberechtes I[2] 1912 S. 574ff.; v. LAUN Das Recht zum Gewerbebetrieb 1908; SALINGER Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe, Gruch. 62 (1918) S. 289ff.; A. ROSENTHAL desgl., Gruch. 63 (1919) S. 715ff.; WANNER Das Recht aus der Wirtschaftserlaubnis, unter Mitberücksichtigung der dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit, BlAdmPr. 71 (1921) S. 161ff.; 72 (1922) S. 1ff., 33ff., 65ff.; NEUBURGER Die rechtliche Bedeutung der Gewerbefreiheit, WüRV. 16 (1923) S. 21ff., 57ff.; HALLER Die Befugnis als besondere Rechtstellung im Verwaltungsrecht, WüRV. 20 (1927) S. 157ff., auch S. 33ff.

TRIEPEL Das preußische Gesetz über die Einführung einer Altersgrenze, ArchÖffR. 40 (1921) S. 349ff.; SCHNEIDER Gefährdung der Beamtenrechte in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum 1930. Vgl. über wohlerworbene Beamtenrechte ferner CAHN BadVerwZ. 1922 S. 105ff.; ASSMANN[2] 1924; EICKEL BeamtJahrb. 1924 S. 127ff., 175ff., 223ff.; 1926 S. 15ff.; F. MÖLLER ebenda 1925 S. 295ff.; ULLMANN ebenda 1925 S. 521ff., 561ff.; 1926 S. 223ff.; FALCK ebenda 1928 S. 227ff.; STUMPF BayVerwBl. 74 (1926) S. 129ff., 166ff.; SCHNEIDER (Rückgruppierung), Stusev. 1926 S. 257ff.; W. BURCKHARDT Z. d. bern. Juristenvereins 64 (1928) S. 57ff.; HEYLAND ZBeamtR. 1 (1929) S. 157ff., 226ff.; W. SCHRÖDER 1930; LAFORET 1930. — Über den Gesetzesvorbehalt in den Besoldungsgesetzen und die Gehaltskürzungen durch Gesetz PAHLKE DJZ. 1927 Sp. 1545ff., RVerwBl. 49 (1928) S. 391ff.; FALCK BeamtJahrb. 15 (1928) S. 229f.; Gutachtenband des Danz. Beamtenbundes: „Können Beamtengehälter . . . ?" mit Beiträgen von TRIEPEL, DAMME, O. LOENING, LOBE, LITTEN, BRAND, POETZSCH-HEFFTER, MÜGEL 1928; EICKEL BeamtJahrb. 16 (1929) S. 61ff.; ULBRICHT SächsThürArchR. 6 (1929) S. 161ff.; KÖSTLIN-SCHMID WürttBesoldG. 1930 S. 86ff.; JUST ZBeamtR. 2 (1930) S. 120ff., 185ff.; SEYDEL RVerwBl. 51 (1930) S. 80, 428; W. Jellinek VossZtg. v. 31. Okt. 30; BACH u. KRUSPI Reich und Länder 4 (1930) S. 241ff., 248ff.; SARTER-KITTEL RBahnGesellschaft[3] 1931 S. 233f.; DRAHT „Der Beamte" 3 (1931) S. 37ff.; LASSAR RVerwBl. 52 (1931) S. 22; HELFRITZ DRiZ. 23 (1931) S. 45ff. u. Bresl. Festg. f. HEILBORN 1931 S. 1ff. — Über staatliche Eingriffe in die Besoldungen der Gemeindebeamten FÖLSCHE Soziale Praxis 39 (1930) Sp. 1041ff.; SCHRADER u. NISCHK ZBeamtR. 2 (1930) S. 100ff., 175f.; ASSMANN (Bund techn. Angest. u. Beamten 1931).

RADNITZKY Parteiwillkür im öffentlichen Recht 1888. — CALINICH Abtretung von Gehaltsforderungen, Pr. Volksschularch. 26 (1928) S. 111f. — LUTHARDT Verzicht auf eine Gewerbeerlaubnis, BlAdmPr. 47 (1897) S. 149ff.; SCHOENBORN Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht 1908; WASSERMANN Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte, ArchÖffR. 28 (1912) S. 261ff.; RAGGI Contributo alla dottrina delle rinuncie nel diritto pubblico 1914; SCHMID Der Verzicht auf eine Wirtschaftskonzession, WürttZ. 56 (1914) S. 159ff., dann S. 362ff.; ZIEGLER Zur Frage des Verzichts auf das Staatskonkursergebnis, BlAdmPr. 64 (1914) S. 34ff.; MAUNZ Zur Frage der Verzichtbarkeit öffentlicher Rechte, BayGemZ. 37 (1927) Sp. 241ff.; BERTRAM Der Verzicht des Ausländers auf die deutsche Approbation, RVerwBl. 50 (1929) S. 247ff.; KELLNER Der Verzicht im Fürsorgerecht, Z. f. Heimatwesen 35 (1930) S. 260ff., 275ff.; KOROPATNICKI Der Verzicht im öff. Rechte, ÖRichtZtg. 23 (1930) S. 36ff.; W. FISCHER Der Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche im Verwaltungsrecht 1930. — Über den Verzicht im Beamtenrecht GNUSE BeamtJahrb. 1926 S. 144ff.; JASCHKOWITZ JW. 1927 S. 2843f.; BLUMENSTEIN MSchr. f. bern. VerwR. 27 (1929) S. 321ff.; FÖLL WürttZ. 72 (1930) S. 273ff.

## I. Rechtsverhältnis und Rechtszustand.

Die Lehre von den Rechtssubjekten war voranzustellen, da das Rechtsverhältnis Rechtssubjekte voraussetzt. Unter Rechtsverhältnis verstehen wir nämlich die Beziehung zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten, kraft deren das eine Rechtssubjekt dem andern gegenüber etwas tun oder nicht tun soll, darf oder kann. Bis vor kurzem hatte die Wissenschaft des Verwaltungsrechts nur geringen unmittelbaren Anlaß, sich mit dem Wesen des Rechtsverhältnisses zu befassen. Während die ZPO. im § 256 von jeher Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses vorsieht, gibt es verwaltungsgerichtliche Feststellungsklagen über Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts in dieser Allgemeinheit erst seit kurzem und nur in Hamburg[1] und Bremen[2]. Die hamburgischen Verwaltungsgerichte (VG. und OVG.) ließen z. B. die Klage eines Oberlehrers dahin zu, daß ihm nicht verboten werden könne, sich Professor zu nennen, mit Recht, da in Frage stand, ob das Rechtssubjekt Staat dem Rechtssubjekt Oberlehrer gegenüber ein Verbot aussprechen dürfe oder nicht[3]. Ebenso verlangte ein Kläger Feststellung eines Rechtsverhältnisses, als er geltend machte, die Friedhofsdeputation sei nicht berechtigt, die Aufstellung eines Kissensteines auf dem ihm gehörigen Grabe von besonderer Genehmigung abhängig zu machen[4]. Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses ist es aber auch, wenn ein Gastwirt Feststellung begehrt, daß das Dulden gewisser Tänze keine Abhaltung von Tanzlustbarkeiten im Sinne des § 33c GewO. darstelle, oder wenn jemand festgestellt wissen will, daß er nach Art seines Gewerbes eines Wandergewerbescheines nicht bedarf. Nur die Neuheit der Einrichtung entschuldigt es, daß das hamburgische Verwaltungsgericht (nicht OVG.) in beiden Fällen die Klage als unzulässig abwies[5]. Denn im ersten Falle war zu entscheiden, ob der Staat gegen das Dulden der Tänze, im zweiten, ob er gegen den Betrieb des Gewerbes einschreiten könne, auf den Kläger bezogen, ob er das Tanzen dulden, das Gewerbe ausüben dürfe oder nicht.

Trotzdem ist nicht jede denkbare Beziehung zwischen Staat und einzelnem ein Rechtsverhältnis, sowenig dies im Privatrecht zwischen Gleichgeordneten der Fall ist. Zwischen dem Kaufmann und mir besteht die entfernte Beziehung, daß, wenn ich bei ihm einen Füllfederhalter kaufe, er verpflichtet ist, ihn mir zu liefern. Dennoch besteht zwischen ihm und mir noch kein Rechtsverhältnis, auch kein bedingtes, sondern bloß die Möglichkeit eines ganz in der ungewissen Zukunft liegenden. Ähnlich besteht zwischen dem Staate und mir noch kein Rechtsverhältnis des Inhalts, daß der Staat verpflichtet ist, mir auf Antrag die Genehmigung zum Betriebe einer Privatkrankenanstalt zu erteilen, solange ich den Antrag nicht gestellt habe oder überhaupt nicht daran denke, eine Krankenanstalt zu errichten; eine auf Feststellung meines künftigen Rechts erhobene Klage würde auch dort, wo es Feststellungsklagen gibt, nicht nur wegen mangelnden Interesses, sondern vor allem wegen Nicht-Vorhandenseins eines Rechtsverhältnisses abgewiesen werden. Die Abweisung hätte aber auch einen tieferen Sinn. Einmal soll der Staat nicht unnötig früh mit der Entscheidung von Klagen behelligt werden. Dann aber besteht für beide Teile ein Interesse daran, daß die Rechtskraft einer unrichtigen Entscheidung nach Möglichkeit eingeschränkt bleibt. Wird der Kläger mit dem Feststellungsbegehren, daß ihm auf künftigen Antrag eine gewerbepolizeiliche Genehmi-

---

[1] G. ü. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 2. Nov. 21 § 20.

[2] G. ü. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 6. Jan. 24 § 28.

[3] HambVG. 27. März 22 u. HambOVG. 4. Juli 22, HansRZ. 1923 Sp. 30ff. Vgl. auch BremVG. 27. Juni 28, Entsch. 1930 S. 51f. (Verbot des Betretens von Diensträumen).

[4] HambVG. 2. Juni 24, HansRZ. 1925 Sp. 70ff.

[5] HambVG. 24. Apr. u. 11. Sept. 22, HansRZ. 1923 Sp. 388. Richtig BremVG. 2. Nov. 25, Entsch. 1930 S. 50f.

gung erteilt werden müsse, in der Sache rechtskräftig abgewiesen, so hat er für immer verspielt, jedem künftigen Antrag steht der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Wird er aber erst nach Stellung des Antrages abgewiesen, so erstreckt sich die Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils nur auf das durch Stellung des Antrags entstandene konkrete Rechtsverhältnis, hindert also bei Abweisung des Antrags nicht die Schaffung eines neuen Rechtsverhältnisses durch Stellung eines neuen Antrages. Man nehme zur Verdeutlichung wieder das privatrechtliche Gegenstück und bedenke, daß im Privatrecht als Begründungsakt für Rechtsverhältnisse nicht der einseitige Antrag wie im öffentlichen Recht, sondern der Vertrag vorherrscht. Die Klage des A gegen B auf Feststellung der Gültigkeit eines zwischen ihnen geschlossenen Vertrages werde rechtskräftig abgewiesen. Schließt A mit B einen zweiten Vertrag gleichen Wortlauts, so gilt die Rechtskraft des Urteils für diesen Vertrag nicht; ein zweites Urteil kann also die Gültigkeit des Vertrages bestätigen. Würde aber Feststellung begehrt werden können, daß, wenn A mit B einen Vertrag mit bestimmtem Wortlaut später einmal schließen sollte, dieser Vertrag gültig wäre, so würde ein die Klage abweisendes Urteil alle später zu schließenden Verträge des angegebenen Wortlauts unmöglich machen.

Man muß daher den dem Rechtsverhältnis vorangehenden Rechtszustand von dem Rechtsverhältnis selbst wohl scheiden. Rechtszustand ist die Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse bezogen auf ein Rechtssubjekt, daher eine Eigenschaft des Rechtssubjekts oder, um einen Ausdruck des klassischen Rechts zu gebrauchen, ein Status von ihm[1]. Diese enge Verbindung des Rechtszustandes mit der Persönlichkeit erklärt auch manche seiner Eigentümlichkeiten, vor allem seine Unverzichtbarkeit[2]. Auf den durch Stellung eines Antrages entstandenen Anspruch auf Baugenehmigung kann man verzichten, dagegen nicht darauf, daß künftige Anträge dem Gesetze entsprechend beschieden werden. Auch die Verjährung trifft das konkrete Rechtsverhältnis anders als den Rechtszustand. Der Inhaber einer gewerblichen Genehmigung verwirkt sie durch Nichtgebrauch innerhalb einer bestimmten Frist (GewO. § $49^{\mathrm{I, III}}$); die Möglichkeit hingegen, Erteilung einer gewerblichen Genehmigung zu verlangen, geht durch Zeitablauf nie verloren.

In der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat sich diese Unterscheidung zwischen Rechtsverhältnis und Rechtszustand mehr unbewußt als bewußt durchgesetzt. So mag die Zähigkeit, mit der das preußische OVG. Feststellungsklagen über die Zulässigkeit gewisser noch nicht erlassener polizeilicher Verfügungen zurückweist[3], mit der unbewußten Erwägung zusammenhängen, daß damit die Grenze zwischen Rechtsverhältnis und Rechtszustand verschoben würde. Bei verbietbaren Handlungen achtet die Rechtsprechung scharf darauf, daß die Polizei keine Tätigkeit untersagt, die sich nicht schon verwirklicht hat oder wenigstens zu verwirklichen droht. So mag die Polizei an sich im Rechte sein, wenn sie meint, A dürfe sich nicht als „pensionierter Kriminalschutzmann" bezeichnen. Wenn aber A noch gar keine Anstalten getroffen hat, es zu tun, so fehlt das Rechtsverhältnis zwischen Staat und ihm, und ein von der Polizei trotzdem erlassenes Verbot wird als unzulässig aufgehoben[4]. Ebensowenig darf die Polizei einen noch gar nicht begonnenen und auch noch nicht in der Entstehung begriffenen oder einen dauernd aufgegebenen Gewerbebetrieb untersagen, selbst wenn feststeht, daß sie nach Eröffnung oder Wiedereröffnung des Betriebes das Verbot erlassen dürfte; denn auch hier hat sich der Rechtszustand noch nicht zu einem Rechtsverhältnis ver-

---

[1] Bekanntlich liegt dem System der subjektiven öffentlichen Rechte G. Jellineks (2. Aufl. 1905) die Lehre von den Statusverhältnissen zugrunde.

[2] Näheres am Schlusse des Paragraphen.

[3] Z. B. PrOVG. 9. Juli 92, Entsch. 23, 401.

[4] SächsOVG. 17. Juli 09, Jahrb. 14, 112ff.

dichtet[1]. Bei positiven Pflichten nennt man die Vorstufe des konkreten Pflichtverhältnisses „Pflichtigkeit“. Die Zeugenpflicht eines jeden der Gerichtsgewalt Unterworfenen ist ein Beispiel für solche Pflichtigkeiten; erst durch die Ladung wandelt sich die Pflichtigkeit zu einer Pflicht. Für die Vorstufe einer konkreten Freiheit oder eines konkreten Rechtes fehlt es an einem besonderen Worte, aber auch hier unterscheidet die Rechtsprechung mit feinem Verständnis. § 1$^{II}$ GewO. z. B. bestimmt, daß, wer beim Inkrafttreten der GewO. zum Betriebe eines Gewerbes berechtigt ist, vom Gewerbe nicht deshalb ausgeschlossen werden kann, weil er den Erfordernissen des Gesetzes nicht genügt. Wer also kann sich auf die Übergangsbestimmung berufen? Jeder vor 1869 Geborene? Die Rechtsprechung verneint mit Recht und billigt die Wohltat der Übergangsbestimmung nur dem zu, der bei Inkrafttreten der GewO. oder ihrer Novellen das Gewerbe schon betrieben hat[2]. Nur das ist also eine konkrete Berechtigung, während die bloße Möglichkeit, den Gewerbebetrieb zu eröffnen, ein bloßer Status, ein Rechtszustand ist.

## II. Öffentliche Pflichten.

**1. Arten.** Sind die Rechtsverhältnisse soviel wie Beziehungen über ein Sollen, Dürfen oder Können, so sind die Pflichten ihr erster Gegenstand. Denn die Pflichten im eigentlichen Sinne sind Sollenspflichten, d. h. Auflagen, sich einem Gebote („Du sollst“) oder einem Verbote („Du darfst nicht“) zu fügen. Die sogenannten Duldungspflichten sind, wenn sie nicht mit Sollenspflichten verbunden sind, keine echten Pflichten, sondern rechtliche Machtlosigkeiten. Wenn ich „verpflichtet“ bin, den Straßenlärm zu dulden, so besteht in Wahrheit kein Befehl für mich, sondern mir fehlt nur die Macht, auf Unterlassung des Straßenlärms zu klagen.

Die Unterscheidung der Sollenspflichten in Pflichten zu einem Tun und Pflichten zu einem Unterlassen wird im öffentlichen Rechte nicht so klar durchgeführt wie im Privatrecht, wo die positive Leistungsklage namentlich bei der Zwangsvollstreckung andern Regeln unterliegt als die Klage auf Unterlassung (ZPO. §§ 888, 890). Trotzdem kann die Unterscheidung auch im öffentlichen Rechte wichtig sein. So war der Militärbefehlshaber nach dem preußischen Belagerungszustandsgesetze vom 4. Juni 1851 § 9b nur zum Erlasse von Verboten besonders ermächtigt. Auch im Polizeirecht hat der Unterschied zwischen Geboten und Verboten seine Bedeutung, da sich die Verbote an jedermann richten dürfen, die Gebote aber nur an bestimmte, für den polizeimäßigen Zustand verantwortliche Personen. Daher sei der in Einzelfällen mitunter zweifelhafte Unterschied zwischen Geboten und Verboten hier kurz erläutert[3]. Die Erfüllung eines Gebots setzt Leben voraus, während ein Verbot niemand besser erfüllt als ein Lebloser. Daneben gibt es noch eine Unterscheidung nach Zwecken. Danach wäre Verbot eine Anordnung, die etwas Negatives, und Gebot eine Anordnung, die etwas Positives bezweckt. Das Verbot, Wasser laufen zu lassen, würde hiernach auch die Pflicht in sich begreifen, das fließende Wasser abzustellen. Es genügt, auf diese Doppeldeutigkeit des Sprachgebrauchs hinzuweisen. In welchem Sinne die Unterscheidung im einzelnen Gesetze gemeint ist, bedarf daher besonderer Untersuchung. Die erste Unterscheidung ist jedenfalls dann maßgebend, wenn das Gesetz den Ungehorsam gegen ein Gebot milder beurteilt als den gegen ein Verbot, da der Zwang zur Untätigkeit den einzelnen in der Regel leichter drückt als der Zwang zur Betätigung, das Gebot also den im Verhältnis zum Verbot stärkeren Eingriff darstellt.

[1] PrOVG. 1. März 17, PrVerwBl. 39 (1918) S. 55f.; BraunschwVGH. 26. Nov. 24, BraunschwZ. 71 (1925) Beil. S. 11f.; BayVGH. 27. Nov. 25, Samml. 46, 81f.

[2] PrOVG. 6. Okt. 84, Entsch. 11, 307ff.

[3] Näheres Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 123ff. Vgl. auch Triepel Reichsaufsicht 1917 S. 483.

Nach den Rechtssubjekten lassen sich die öffentlichen Pflichten gliedern in solche des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt und solche des einzelnen. Dabei kann eine unterstaatliche juristische Person des öffentlichen Rechts bald auf der einen, bald auf der anderen Seite erscheinen, je nachdem sie dem einzelnen oder dem Staate gegenüber verpflichtet ist. Über die Verpflichtbarkeit des Staates brauchen wir nach dem über die Möglichkeit eines Verwaltungsrechts Gesagten (S. 42) kein Wort mehr zu verlieren. In einem Punkte allerdings unterscheiden sich seine Pflichten wesentlich von denen des einzelnen: in ihrer Vollstreckbarkeit. Wohl gibt es vermögensrechtliche Pflichten des Staates, auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, z. B. des Beamtenrechts, wegen deren die Zwangsvollstreckung gegen ihn zulässig ist, allerdings auch hier mit gewissen Vorbehalten[1]. Aber außerhalb des Vermögensrechts kommt es nie zu einer Zwangsvollstreckung nach Art der zivilprozessualen. Die Behörde versagt z. B. die Aufnahme in den Staatsverband, das Verwaltungsgericht entscheidet zugunsten des Klägers und hebt die Versagung auf. Die Behörde ist jetzt verpflichtet, dem Kläger die Aufnahmeurkunde auszuhändigen, aber kein Gerichtsvollzieher, keine vom Verwaltungsgericht anzudrohende Strafe zwingt sie dazu. Weigert sie sich wider alles Erwarten, so bleibt nur die Anrufung der vorgesetzten Behörde übrig, und schreitet auch die nicht ein, kümmert sich auch der Landtag nicht um die Angelegenheit und macht auch die Reichsregierung von ihrer Aufsichtsbefugnis keinen Gebrauch, dann zeigt sich eben bedauerlicherweise eine jeder Rechtsordnung gesetzte Grenze. Denn auch der Gerichtsvollzieher kann einmal versagen, auch hier ist es theoretisch denkbar, daß die aufsichtführenden Gerichte, aus Rechtsirrtum, nichts veranlassen. Solche unwahrscheinlichen Fälle muß man aber bei Betrachtung des unter der staatlichen Rechtsordnung sich abspielenden Verwaltungsrechts vernachlässigen in der Überzeugung, daß die Verwaltungsbehörde genau so zuverlässig beim Vollzuge einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung sein wird wie ein Gerichtsvollzieher oder ein Vollstreckungsgericht im bürgerlichen Rechtsstreit. Das Beispiel zeigt übrigens, daß sich die Pflicht einer Behörde zur Unterlassung leichter erzwingen läßt als ihre Pflicht zur Vornahme eines Verwaltungsakts. Erläßt die Behörde einem gesetzlichen Verbote zuwider eine Verfügung, so hebt das Verwaltungsgericht die Verfügung auf und vollstreckt damit zugleich seine Entscheidung. Unterläßt dagegen die Behörde die Vornahme eines Verwaltungsaktes, zu der sie verpflichtet ist, und erläßt sie einen versagenden Bescheid, so hat die Aufhebung der Versagung nicht die Wirkung der Vornahme des unterlassenen Aktes, sondern nur die Wirkung einer Verpflichtung der Behörde, ihn vorzunehmen.

**2. Nachfolge in öffentliche Pflichten und Stellvertretung.** Die Betrachtung der verpflichteten Rechtssubjekte führt zu der Frage, ob ein öffentlichrechtlich Verpflichteter durch einen andern ersetzt werden kann, sei es so, daß die Pflicht auf den andern übergeht, sei es so, daß der andere den Erstverpflichteten vertritt.

Bei den Trägern öffentlicher Verwaltung sind die praktisch wohl allein wichtigen Fälle einer Pflichtennachfolge die Änderung im Bestande des verpflichteten Subjekts und die Ausscheidung eines neuen Rechtssubjekts aus einem bereits bestehenden. Es ist klar, daß dem einzelnen, auch wenn der Träger öffentlicher Verwaltung ihm gegenüber Pflichten hat, gegen derartige organisatorische Änderungen kein Widerspruchsrecht gegeben ist. So wurde einmal die Stadtsparkasse mit andern Sparkassen verbunden und zur Einrichtung eines neu gegründeten Zweckverbandes gemacht. Der Sparkassengegenbuchführer glaubte der Übernahme in den Dienst des Zweckverbandes widersprechen zu können, wurde aber

[1] EG. ZPO. § 15²; vgl. auch oben S. 24f., 187f.

in einer Disziplinarentscheidung des OVG. eines Besseren belehrt[1]. Für Eingemeindungen hat das Reichsgericht den gleichen Grundsatz ausgesprochen[2]. Die Frage der Vertretung eines öffentlichen Verbandes durch einen andern wird kaum praktisch, während die Frage der Vertretung einer Behörde durch einen beauftragten Beamten an anderer Stelle zu erörtern sein wird (unten S. 290f.).

Bei der Nachfolge in die Pflichten eines Privaten und der Stellvertretung in deren Erfüllung muß man unterscheiden. Gewisse Pflichten sind ihrer Natur nach höchstpersönlich, d. h. derart, daß man annehmen muß, das Gesetz lege entscheidenden Wert auf die Erfüllung gerade durch den als verpflichtet Bezeichneten. Dies ist der Fall bei Unentbehrlichkeit des einzelnen, so bei der Auskunftspflicht des Augenzeugen oder bei Berufung des einzelnen in eine besondere Vertrauensstellung, so bei Befehligung eines Soldaten auf Wache. Während des Krieges sollte ein Soldat wegen Ungehorsams gegen den Befehl eines Postens bestraft werden, mußte aber freigesprochen werden, als sich herausstellte, daß der Posten aus Freundschaft für den auf Posten Kommandierten die Obliegenheiten eines Postens ohne Befehligung dazu übernommen hatte. Auch die Pflicht, sich zum Antritt einer Haftstrafe zu melden, ist selbstverständlich rein persönlich. Jene Frau aus dem Volke, die erschien, um die Freiheitsstrafe ihres Sohnes abzusitzen, konnte beim Juristen nur ein mitleidiges Lächeln erwecken.

Pflichten, die ihrer Natur nach nicht höchstpersönlich sind, können durch geeignete Stellvertreter erfüllt werden. Die Steuer brauche ich nicht persönlich auf die Finanzkasse zu bringen, bei Schneefall brauche ich nicht persönlich zu schippen, es sei denn, daß Not an Mann ist. Von den Naturaldiensten sagt es das preußische Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 ausdrücklich: „Die Dienste können mit Ausnahme von Notfällen durch taugliche Stellvertreter abgeleistet werden" (§ $68^{III}$).

Für die Pflichtennachfolge sind, wie im Privatrecht, die drei Formen der Gesamtrechtsnachfolge, der Dinglichkeit und der Pflichtenübernahme denkbar.

a) Die Gesamtrechtsnachfolge kommt nur bei vermögensrechtlichen Pflichten vor, hier aber so ausgeprägt, daß sie sogar an sich höchstpersönliche Pflichten trifft. „In den Nachlaß kann eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden, wenn das Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden war" (§ 30 StGB.). Nicht die Einschränkung ist das Besondere, sondern die Möglichkeit der Vollstreckung einer Geldstrafe nach Ableben des Verurteilten überhaupt. Dagegen bietet die Nachfolge des Erben in die Steuerzahlungspflicht des Erblassers oder in die Pflicht zur Rückzahlung zuviel erhaltener Besoldung nichts Bemerkenswertes.

b) Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit liegt vor, wenn das Pflichtsubjekt irgendwie mit dem Eigentume an einer Sache, insbesondere einem Grundstück, wechselt. Eine allgemeine Regel über dingliche Pflichten des öffentlichen Rechts gibt es nicht. Nur die badische Verordnung über das Verfahren in Verwaltungssachen vom 31. August 1884 bestimmt im § 6 allgemein: „Wenn das Interesse eines Beteiligten unmittelbar und ausschließlich auf dem Besitze einer bestimmten Liegenschaft beruht, so kann der Nachfolger im Besitze dieser Liegenschaft die in betreff dieser letzteren gepflogenen Verhandlungen und ergangenen Entscheidungen nicht auf den Grund des Mangels der an ihn erfolgten Zustellung anfechten". Wo eine solche Bestimmung fehlt, bedarf es der Ermittelung des mutmaßlichen Sinnes der einzelnen Gesetze. Geringe Schwierigkeiten bereiten die gesetzlichen,

[1] PrOVG. 21. Nov. 24, Entsch. 79, 430ff.

[2] RG. III 17. Jan. 08, RGZ. 68, 213ff. Vgl. jetzt EG. z. pr. Neugliederungsges. v. 29. Juli 29 §§ 18ff.; Vollmer Beamtenrechte bei Um- und Eingemeindungen 1929. Über eine badische Eingemeindungsfrage Glockner, BadVerwZ. 62 (1930) S. 113ff., 129ff., über die Nachfolge des Reichs in die Pflichten der Außenhandelsstellen RG. IV 30. Okt. 30, RGZ. 130, 169ff.

ein Grundstück betreffenden Unterlassungspflichten. Wenn ein Haus kraft ortsstatutarischer Bestimmung aus Gründen des Kunstschutzes nicht abgerissen, ein Grundstück mit Rücksicht auf eine Fluchtlinie nicht bebaut werden darf, so richtet sich diese Pflicht gegen jedermann, gleichgültig, wer Eigentümer des Hauses oder des Grundstückes ist. Von einer Pflichtennachfolge kraft Eigentumsüberganges kann man hier nicht einmal sprechen, da auch der Nicht-Eigentümer unter dem Verbote steht. Auch die mit der Genehmigung eines Baues, eines gewerblichen Betriebes, einer Stauanlage verbundenen Beschränkungen und Verpflichtungen treffen jeden Eigentümer, nicht nur den, dessen Antrag genehmigt wurde. Der trotz Durchbrechung durch den Vertrauensschutz noch immer zutreffende allgemeine Grundsatz kommt hier zur Geltung, daß niemand mehr Rechte übertragen kann als er selbst hat; hat also A die Genehmigung nur mit gewissen Maßgaben erhalten, so kann sich sein Nachfolger im Eigentume nicht auf eine umfassendere Genehmigung berufen als er[1]. Ebenso sind die gesetzlichen Handlungspflichten, die mit dem Zustande eines Grundstücks zusammenhängen, unabhängig von der Person des Eigentümers; die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Grundstücks im polizeimäßigen Zustande wirkt in dem Sinne dinglich, daß sie mit jedem Eigentumswechsel in der Person des Erwerbers neu entsteht. Dagegen bereitet die durch Verwaltungsakt oder durch freiwillige Übernahme begründete Verpflichtung des Eigentümers Schwierigkeiten. Die Baupolizeibehörde verfügt, das Haus sei grau anzustreichen, oder der Eigentümer verpflichtet sich, die Hälfte seines Grundstücks unbebaut zu lassen, damit der Nachbar bauen kann; die Verfügung wird rechtskräftig, die Selbstverpflichtung sei nach geltendem Baurecht verbindlich. Später veräußert der Eigentümer sein Grundstück an einen andern. Wirkt die Verfügung, wirkt die Verpflichtung auch gegen den Erwerber? Oder kann dieser die Rechtmäßigkeit der Verfügung, die Verbindlichkeit der Verpflichtung in Frage stellen? Die soeben genannte badische Verordnung bejaht klar die erste Frage. Auch das sächsische Baugesetz vom 1. Juli 1900 spricht sich im § $2^{I}$ für Dinglichkeit aus: „Verpflichtungen, die durch baugesetzliche Vorschriften unmittelbar oder auf Grund solcher von der Baupolizeibehörde einzelnen Grundstücken auferlegt, oder von Grundstückseigentümern hinsichtlich ihrer Grundstücke in baupolizeilichen Angelegenheiten durch eine der Baupolizei- oder der Gemeindebehörde gegenüber abgegebene Erklärung übernommen werden, haften als öffentlichrechtliche Lasten auf den Grundstücken und gehen ohne weiteres auf den Nachfolger im Eigentum über"[2]. In Preußen dagegen neigt die Rechtsprechung nicht der Dinglichkeit zu[3], und doch ist sie das Gegebene. Man bedenke, daß auch das rechtskräftige Urteil des Zivilprozesses gegen den Nachfolger im Eigentume wirkt (ZPO. § $325^{I}$) und daß dem vor Gericht abgeschlossenen Vergleiche über ein Grundstück wenigstens für die Zwangsvollstreckung die gleiche Bedeutung zukommt wie dem Urteil (§§ $794^{II}$, 795, 727). Die Ähnlichkeit zwischen Urteil und Verwaltungsakt springt aber in die Augen. Man vergegenwärtige sich auch die seltsamen Folgeerscheinungen bei Verneinung der Dinglichkeit. Die Polizei gibt dem A auf, eine Brücke instand zu setzen, und zieht, da sich A nicht rührt, zwecks Ersatzvornahme die Kosten vorschußweise von ihm ein (LVG. § $132^{2}$). Inzwischen veräußert A das Grundstück an B. Die Behörde wiederholt ihre Verfügung B gegenüber. Da zwischen A und B keine Rechtsnachfolge bestehen soll, kann sich B nach Ansicht des OVG. nicht dar-

---

[1] Z. B. PrOVG. 20. Apr. 15, Entsch. 69, 395ff. (Widerrufsvorbehalt). Vgl. allgemein EISENTRAUT in Stusev. 1926 S. 320ff.

[2] Andere Beispiele RG. II 2. Nov. 25, RGSt. 59, 391ff.; BayVGH. 23. Nov. 88, Samml. 10, 266ff.; BraunschwVGH. 17. Apr. 07, BraunschwZ. 54 (1907) Beil. I S. 12ff.; BremVG. 10. Dez. 28, Entsch. 1930 S. 41f.

[3] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 152f. Anm. 116.

auf berufen, daß die Kosten für die Ersatzvornahme schon von A entrichtet sind[1]. Das einzige, was man für die Abgeneigtheit des preußischen OVG. gegen die Dinglichkeit der auf Grundstücke bezüglichen Pflichten anführen kann, ist das Fehlen einer dem Grundbuche ähnlichen Einrichtung für öffentliche dingliche Pflichten in Preußen. Wohl dachte man bei Beratung des preußischen Wohnungsgesetzes an die Einführung von Baulastenbüchern nach dem Vorbild anderer deutscher Länder, doch gab man den Plan wieder auf[2]. Wo es Baulastenbücher gibt, wie in Württemberg, Baden oder, unter dem Namen „Oblastenbuch", in Sachsen[3], kann sich der Erwerber eines Grundstücks nicht darüber beklagen, beim Erwerbe vom Vorhandensein einer öffentlichrechtlichen Beschränkung des Grundstücks nicht unterrichtet gewesen zu sein, da es ihm ja freistand, im Baulastenbuch nachzusehen. Allerdings ist den Baulastenbüchern nicht immer der den Grundbüchern eigentümliche öffentliche Glaube beigelegt. Ist das Baulastenbuch z. B. durch Brand zerstört und steht die Belastung versehentlich nicht im neuen Buche, so erlischt sie, vorbehaltlich abweichender ortsgesetzlicher Bestimmungen (Sachsen), nicht durch gutgläubigen Erwerb, wie dies für privatrechtliche Lasten beim Grundbuch der Fall wäre, höchstens kann der Erwerber den Staat oder die Gemeinde aus Amtshaftung belangen. Das bei öffentlichen Pflichten immer vorhandene öffentliche Interesse gestattet eben nicht dessen Gefährdung durch gutgläubigen Erwerb; das private Interesse des Erwerbers hat dem öffentlichen Interesse zu weichen.

Viel umstritten ist die Dinglichkeit gewisser Geldzahlungspflichten des öffentlichen Rechts. Um die Zweifelhaftigkeit zu verstehen, fragen wir, in welchen Bedeutungen von der Dinglichkeit einer Geldschuld überhaupt gesprochen werden kann. Da gibt es zunächst den Grundschuldtyp (BGB. § 1191ff.): der Eigentümer scheidet mit seinem persönlichen Vermögen völlig aus, der Berechtigte kann sich nur aus dem Grundstück befriedigen, sei es durch Zwangsversteigerung, sei es durch Zwangsverwaltung, gleichgültig, wem das Grundstück gerade gehört[4]. Eine andere Form der Dinglichkeit wäre der Reallastentyp (BGB. § 1108). Auch hier kann sich der Berechtigte aus dem Grundstück befriedigen, daneben haftet aber der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Beträge auch persönlich derart, daß diese persönliche Haftung auf ihn beschränkt bleibt. Veräußert er also das Grundstück, so haftet der Erwerber nur mit dem Grundstück, der Veräußerer aber nach wie vor mit seinem ganzen Vermögen. Die dritte denkbare Abart der Dinglichkeit ist die volle persönliche Haftung kraft Eigentums neben der dinglichen, sei es mit, sei es ohne Mithaftung des Veräußerers. Ein privatrechtliches Gegenstück fehlt hier, die Hypothek weist nur entfernt verwandte Züge auf. Der Eigentümer haftet mit dem Grundstück und mit seinem sonstigen Vermögen; mit der Veräußerung des Grundstücks wird er für die Zukunft immer, nach der zweiten Unterart auch für die Vergangenheit von jeder persönlichen Haftung frei, der Erwerber haftet immer mit dem Grundstück und — auch für die Vergangenheit — mit seinem sonstigen Vermögen, ebenso der Zweiterwerber usw. Wie beim Grundschuld- und Reallastentyp, so würde auch hier die gegen den Veräußerer rechtskräftig gewordene Feststellung der Zahlungspflicht für die Haftung des Grundstücks auch gegen den

[1] PrOVG. 22. Jan. 25, Entsch. 79, 144ff.

[2] Vgl. die Aufsätze im PrVerwBl. von LINDEMANN 37 (1916) S. 273ff. u. REDLICH 38 (1917) S. 443ff. Auch der Entwurf eines Städtebaugesetzes v. 17. Juli 29 (Drucks. d. Landtags III. WPer. Nr. 3015) sieht in den §§ 64ff. wieder Baulastenbücher vor. Vgl. auch G. v. 28. Juli 26 § 2.

[3] Sächs. Allg. Bauges. v. 1. Juli 1900 § 4; württ. BauO. v. 28. Juli 10 Art. 99; bad. Ortsstraßenges. v. 15. Okt. 08 § 27.

[4] Eine Haftung dieser Art mit dem Schiffe allein kennt § 25 der StrandungsO. v. 17. Mai 74; vgl. PrOVG. 1. Juli 26, PrVerwBl. 48 (1927) S. 557.

Erwerber gelten, soweit nicht bei sinngemäßer Anwendung des § 325$^{\text{II}}$ ZPO. „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", entsprechende Anwendung zu finden haben. Endlich gibt es noch die volle rein persönliche Haftung kraft Eigentums, sei es mit, sei es ohne Mithaftung des Veräußerers für die Vergangenheit. Die Geldschuld stellt in diesem Falle keine dingliche Last dar, es gibt daher auch keine Nachfolge in die Schuld im eigentlichen Wortsinne, vielmehr entsteht die Schuld in jedem Erwerber kraft seines Eigentums neu.

Zwischen diesen Möglichkeiten hatte die Rechtsprechung zu wählen, als sie der Rechtsnatur der preußischen Anliegerbeiträge nachging[1]. Nach § 15$^{\text{I}}$ des preußischen Gesetzes vom 2. Juli 1875 kann ein Ortsstatut festsetzen,

„daß bei der Anlegung einer neuen oder bei der Verlängerung einer schon bestehenden Straße, wenn solche zur Bebauung bestimmt ist, sowie bei dem Anbau an schon vorhandenen bisher unbebauten Straßen und Straßenteilen . . . von den angrenzenden Eigentümern — von letzteren sobald sie Gebäude an der neuen Straße errichten — die Freilegung, erste Einrichtung, Entwässerung und Beleuchtungsvorrichtung der Straße in der dem Bedürfnisse entsprechenden Weise beschafft, sowie deren zeitweise, höchstens jedoch fünfjährige Unterhaltung, bzw. ein verhältnismäßiger Beitrag oder der Ersatz der zu allen diesen Maßnahmen erforderlichen Kosten geleistet werde".

Das Gesetz bestimmt dann noch, daß die angrenzenden Eigentümer zu diesen Verpflichtungen nicht für mehr als die Hälfte der Straßenbreite, und wenn die Straße breiter als 26 m ist, nicht für mehr als 13 m der Straßenbreite herangezogen werden können. Das Ortsstatut legt also keine unmittelbare Pflicht auf die Angrenzer, sondern nur eine Pflichtigkeit, die erst mit dem Akte der Heranziehung zur Pflicht wird. Wenn daher ein Hauseigentümer nach Fertigstellung der Straße, aber vor Heranziehung zum Beitrag, das Grundstück veräußert, so kann sich die Gemeinde nur an den Erwerber halten[2]. Die Frage nach der Rechtsnatur der Anliegerbeiträge wird erst vom Augenblick der Heranziehung an wichtig. Sicher entsprechen sie nicht dem Grundschuldtyp, denn das Gesetz beschränkt die Haftung mit keiner Silbe auf das Grundstück. Andererseits liegt mehr als rein persönliche Haftung kraft Eigentums vor, denn die Anliegerbeiträge sind im Zwangsversteigerungsverfahren, wie nicht bestritten wird, bevorrechtete öffentliche Lasten nach § 10$^{\text{II}\,3}$ des Zwangsversteigerungsgesetzes[3]. Manches für sich hätte der Reallastentyp[4]. Der Erwerber könnte dann sicher sein, für etwaige Beiträge nur mit dem Grundstück zu haften, der Veräußerer bliebe, wenn er vor der Veräußerung herangezogen wurde, persönlicher Schuldner der Gemeinde. Aber auch für diese Lösung bietet das Gesetz keine genügende Handhabe. Die Gemeinde hat innerhalb der Verjährungsfrist die Wahl, wann sie zur Abgabe heranziehen will; folglich ist nicht einzusehen, weshalb sie ihrer Heranziehungsbefugnis gegen den Erwerber dadurch verlustig gehen soll, daß sie den Beitrag zufällig früher anforderte, als noch der Veräußerer Eigentümer war. So bleibt noch die volle persönliche Haftung kraft Eigentums neben der dinglichen, und es fragt sich nur, ob der Veräußerer mithaftet oder nicht, immer vorausgesetzt, daß die Gemeinde auch schon den Veräußerer herangezogen, dieser aber noch nicht bezahlt hat. Die Mithaftung ist das Gegebene[5]. Denn die Schuld ist ihm gegenüber nun einmal zur Entstehung gelangt, und es wäre etwas ganz Außergewöhnliches, wenn eine bestehende Schuld durch die Heranziehung eines anderen sollte getilgt werden können. Die Beitragspflicht hat also doch eine gewisse Verwandtschaft mit dem Reallastentyp

---

[1] Vgl. v. Strauss und Torney-Sass Straßen- u. Baufluchtengesetz[6] 1920 S. 310ff.

[2] PrOVG. 22. Juni 16, Entsch. 71, 146ff.

[3] Vgl. v. Strauss und Torney-Sass a. a. O. S. 315; RG. V 11. Juli 13, RGZ. 83, 87ff.

[4] So z. B. § 25$^{\text{I}}$ bad. Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 08; Art. 99$^{\text{II}}$ württ. BauO. v. 28. Juli 10.

[5] So ausdrücklich thür. LBauO. v. 2. Sept. 30 § 63.

mit der einzigen, aber wichtigen Abweichung, daß der Erwerber auch für die vor dem Erwerb anforderbar gewordenen Beiträge herangezogen werden kann. Die Rechtsprechung des OVG. geht in gleicher Richtung[1], nur daß die neben der persönlichen Haftung bestehende Dinglichkeit der Last nicht genügend betont wird.

c) Als dritte Form der Pflichtennachfolge ist die öffentlichrechtliche Pflichtübernahme denkbar. Öffentlichrechtlich aber ist sie, wenn der Übernehmende, sei es ausschließlich, sei es neben dem ursprünglich Verpflichteten, dem Staate oder sonstigen Träger öffentlicher Gewalt unmittelbar in gleicher Weise haftet wie vor der Übernahme der ursprünglich Verpflichtete. Ein klares Beispiel für solche Pflichtübernahme bietet § 6 des preußischen Gesetzes über die Reinigung öffentlicher Wege vom 1. Juli 1912:

„Hat für den zur polizeimäßigen Reinigung Verpflichteten ein anderer der Ortspolizeibehörde gegenüber mit deren Zustimmung durch schriftliche oder protokollarische Erklärung die Ausführung der Reinigung übernommen, so ist er zur polizeimäßigen Reinigung öffentlichrechtlich verpflichtet. Die Zustimmung der Ortspolizeibehörde ist jederzeit widerruflich.

Solange die Verpflichtung des anderen besteht, darf die Ortspolizeibehörde sich nur an ihn wegen der polizeimäßigen Reinigung halten."

Würde ein Hauseigentümer mit einer gewerbsmäßigen Wegereinigungsanstalt ohne Mitwirkung der Ortspolizeibehörde einen Vertrag über die ihm obliegende Reinigung schließen, so wäre der Vertrag gültig, hätte aber nur privatrechtliche Wirkungen, würde also, selbst wenn er ein Vertrag zugunsten des drittbeteiligten Staates wäre, dem Staate nur das Recht geben, die Wegereinigungsanstalt vor den ordentlichen Gerichten zu belangen, unbeschadet seiner Befugnis, den Erstverpflichteten nach wie vor durch Verwaltungsakt zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten[2]. Fraglich ist nur, ob die Bestimmung des preußischen Gesetzes etwas Selbstverständliches sagt oder ob es ihrer zur Gültigkeit einer öffentlichrechtlichen Pflichtübernahme bedurfte. Die Antwort hängt aufs engste mit der uns bekannten[3] Frage zusammen, ob die Erforderlichkeit des Gesetzes durch freiwillige Unterwerfung des Bürgers ersetzt werden kann oder nicht. Es kommt auf die Eigenart der Pflicht an. Steuerpflichten sind so sehr beherrscht von dem Grundsatze der Gesetzmäßigkeit im vollsten Sinne des Wortes, daß die öffentlichrechtliche Steuerschuldübernahme als ein Fremdkörper im System empfunden würde. § 100$^{\text{II}}$ AO. spricht es ausdrücklich aus: „Hat sich jemand durch Vertrag verpflichtet, eine Steuerschuld eines andern zu bezahlen oder dafür einzustehen, so ist der Anspruch des Reichs nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu verfolgen." In andern Fällen deutet der ganze Inhalt eines Gesetzes darauf hin, daß eine öffentlichrechtliche Pflichtübernahme unzulässig sein soll. So gestattet die schleswig-holsteinische Wegeverordnung vom 1. März 1842 „kontraktliche" Regelungen der Wegeunterhaltungspflicht nur bei Nebenwegen (§ 225$^{\text{II}}$) und erlaubt daher den Schluß, daß eine rechtsgeschäftliche Pflichtübernahme bei den Nebenlandstraßen und den Hauptlandstraßen nicht zulässig sein soll[4]. Auch aus andern Erwägungen ist der Schluß geboten: das Verkehrsinteresse verlangt bei den Landstraßen, daß unbedingt ein öffentlicher Verband sich ihrer annimmt, außerdem würde die Aufbürdung der Pflicht auf einen Privaten, selbst wenn er zustimmt, bei der Unübersehbarkeit der Verkehrsentwickelung unter Umständen gegen die guten Sitten verstoßen. Wo aber solche oder ähnliche Erwägungen nicht Platz greifen, insbesondere, wo der Private von der Einrichtung, für die er Pflichten übernimmt, Vorteile hat, steht der öffentlichrechtlichen Pflichtübernahme nichts im Wege. Das preußische OVG. vertritt denn in solchen Fällen seit langem den Standpunkt, „daß, sofern nicht besondere Gesetzesbestimmungen dem entgegenstehen, durch eine der Wege-

[1] PrOVG. 7. Dez. 08, Entsch. 53, 108ff.; PrOVG. 10. Juli 13, Entsch. 65, 147f.

[2] Vgl. BayVGH. 11. Okt. 29, Samml. 50, 95. [3] Vgl. oben S. 122f.

[4] PrOVG. 1. Okt. 25, Entsch. 80, 225ff. Vgl. auch RG. VI 11. Apr. 21, RGZ. 102, 269ff.; Roth Bad. LandesbauO.[3] 1925 S. 7.

polizeibehörde gegenüber abgegebene und von ihr angenommene einseitige Erklärung, durch welche jemand an Stelle des nach gemeinem Rechte Wegebaupflichtigen die Pflicht der Unterhaltung eines Weges übernimmt, in der Regel ein öffentlichrechtlicher Titel für die Wegebaulast geschaffen wird". Wird die Verpflichtung mit Rücksicht auf das Eigentum an einem Grundstück übernommen, so wirkt sie dinglich nach Art der Straßenanliegerbeiträge[1].

### III. Öffentliche Freiheit.

Das Rechtsverhältnis mündet aus in ein Sollen, Dürfen, Können oder deren Gegenteil. Sollen bedeutet Pflicht, Dürfen und Nicht-Brauchen bedeuten Freiheit. Da die Verwaltungsbehörde nie im echten Wortsinne frei ist, sondern immer unter dem Gebote pflichtmäßigen Handelns steht, findet sich echte Freiheit nur beim einzelnen.

Früher wurde lebhaft erörtert, ob die Freiheit ein subjektives Recht sei oder nicht. Das rein Negative steht der Annahme eines subjektiven Rechtes nicht im Wege, denn es gibt, wie jedem Juristen bekannt, auch negative Rechte, so das Recht des Besitzers auf Nicht-Störung, das Recht eines jeden Menschen auf Unterlassung des unbefugten Gebrauchs seines Namens. Wenn man trotzdem Bedenken tragen muß, die Freiheit ohne weiteres als Recht anzuerkennen, so hängt dies mit gewissen Sätzen der allgemeinen Rechtslehre zusammen. Das Recht setzt immer eine Vielheit von Menschen voraus. Für den einsamen Menschen gilt es nicht, aber gerade er ist am freiesten, ebenso das Tier, für das die Rechtsordnung überhaupt keine Pflichten festsetzen kann. Es wäre daher zum mindesten ein ungenauer Sprachgebrauch, die bloße Freiheit von staatlichen Befehlen, die für Robinson Crusoe ohne weiteres galt, als ein Recht zu bezeichnen. Auch dadurch wird eine Freiheit nicht zum Rechte, daß sie einer bestimmten Person besonders gewährt wird, etwa durch Erteilung einer Gewerbeerlaubnis. Denn die besondere Gewährung einer Freiheit bedeutet an sich nur Aufhebung gewisser staatlicher Verbote oder Gebote und eine Annäherung an die völlige Freiheit des einsamen Menschen. Selbst das mit einer allgemeinen oder besonderen Freiheitgewährung verbundene Verbot an andere, in die Freiheit störend einzugreifen, erhebt die Freiheit noch nicht zum Rechte. Sonst hätte auch das Rind ein „Recht" auf Freiheit vom Stirnjoch, wenn Gesetz oder Verordnung die Anlegung von Stirnjochen bei Rindern aus Gründen des Tierschutzes verbietet. Auch der Unterschied zwischen staatlich gewollter und staatlich geduldeter Freiheit hilft daher für die Frage des subjektiven Rechts nicht viel, solange nicht das Merkmal gefunden ist, das auch die Freiheit zum subjektiven öffentlichen Rechte erhebt. Dann allerdings hat die Unterscheidung Bedeutung, da nur bei der staatlich gewollten, nicht schon bei der bloß geduldeten Freiheit (z. B. der Aufenthaltsfreiheit des Ausländers) die Schaffung eines subjektiven Rechtes beabsichtigt sein wird. Wenn trotzdem das BGB. die körperliche Freiheit zu den „Rechten" zählt (§ 823 II), wenn unter den „Grundrechten der Deutschen" gerade die Freiheitsrechte die bedeutendsten sind, so hängt dies damit zusammen, daß die Freiheit des Menschen im Staate meist mehr ist als der Reflex nicht vorhandener Einschränkungen[2].

### IV. Die subjektiven öffentlichen Rechte.

Was vom möglichen Inhalt eines Rechtsverhältnisses noch übrig bleibt, ist das rechtliche Können. In ihm liegt auch der Schlüssel zur Erkenntnis des subjektiven öffentlichen Rechts.

---

[1] PrOVG. 7. Okt. 96, Entsch. 30, 256 u. 261f. Vgl. auch ThürOVG. 12. Dez. 28, Jahrb. 13, 45ff.

[2] Über die Freiheitsrechte unten S. 208f.

**1. Wesen.** Nehmen wir ein ganz zweifelloses subjektives Privatrecht: das Eigentum an einem Grundstück. Der Eigentümer darf seine Sache gebrauchen, wie er will; diese Freiheit ist aber noch kein Recht, die gleiche Freiheit steht jedermann am herrenlosen Gute zu. Der Eigentümer hat aber auch eine gewisse Willensmacht in Beziehung auf sie. So kann er das an sich verbotene Betreten des Grundstücks durch Gestattung erlaubt, das durch Gestattung erlaubt gemachte Betreten durch Widerruf der Gestattung unerlaubt machen. Er kann durch Erhebung der Unterlassungsklage das Gericht nötigen, eine von außen kommende Störung bei Strafe zu verbieten. Besitzt ein anderer zu Unrecht, so hängt es von seinem Willen ab, den Besitzer mit Hilfe des Gerichts und des Gerichtsvollziehers zu entfernen. Endlich kann er über das Grundstück verfügen, durch Aufgabe des Eigentums, durch Übertragung des Eigentums und durch Belastung. Diese verschiedenen Ausgestaltungen der Willensmacht sind es, die das Eigentum zum subjektiven Recht machen. Aber sie genügen nicht. Die gleichen Willensäußerungen könnten auch von einem Stellvertreter oder einem gesetzlichen Vertreter ausgehen, und doch schreiben wir nicht ihm, sondern dem Vertretenen das Eigentum zu. Zum subjektiven Recht gehört also noch, daß seinem Träger die Willensmacht im eigenen Interesse verliehen ist.

Diese beiden Merkmale — Willensmacht und Interesse — lassen sich auch auf die subjektiven öffentlichen Rechte übertragen. Denn das subjektive öffentliche Recht ist jünger als das private und ist für manche Teile des Verwaltungsrechts sogar unmittelbar aus der Vorstellung des privaten subjektiven Rechts heraus erwachsen. Wir erinnern uns an den Polizeistaat, der trotz Allmacht der Verwaltung gerichtlichen Rechtsschutz für die Eingriffe in wohlerworbene Privatrechte gewährte. Auch die justizstaatlichen Bestimmungen der Hansestädte sprachen von der Verletzung von „Privatrechten“ durch den Staat[1]. Das subjektive öffentliche Recht wäre demnach eine dem öffentlichen Rechte angehörige Willensmacht, die dem Willensträger in seinem eigenen Interesse verliehen ist. Der Fall der Vertretung eines Willensunfähigen ist hierbei der Einfachheit halber vernachlässigt.

Wichtig ist die Besinnung auf das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts allemal, wenn das Gesetz diesen oder einen ähnlichen Ausdruck gebraucht und fraglich ist, ob eine Erscheinung dem Begriffe entspricht oder nicht. So setzt die Klage gegen polizeiliche Verfügungen nach preußischem und verwandten Rechten voraus, daß die Verfügung den Kläger „in seinen Rechten“ verletzt (LVG. § $127^{\text{III}}$). Nach § $43^{\text{I}}$ der badischen Verfahrensverordnung vom 31. August 1884 ist die Abänderung oder Aufhebung einer Verfügung ohne weiteres zulässig, wenn durch sie eine Partei nicht bereits einen „gesetzmäßigen Anspruch“ erworben hat. RV. Art. $129^{\text{I}}$ erklärt die „wohlerworbenen Rechte der Beamten“ für unverletzlich. Hier und in ähnlichen Fällen ist also bei Geltendmachung eines angeblichen „Rechtes“ immer zu fragen: Hat das Gesetz die Interessen dessen schützen wollen, der jetzt sein „Recht“ geltend macht? Wenn ja: Hat ihm das Gesetz die Macht verleihen wollen, durch eigene Willensbetätigung seine Interessen maßgeblich wahrzunehmen? Am ersten Erfordernis fehlt es z. B., wenn die Gemeindeaufsichtsbehörde einen Gemeindebeschluß abändert und ein einzelnes Mitglied des Gemeinderats verwaltungsgerichtlichen Schutz dagegen anrufen will[2]; denn in seinem Interesse sind die Vorschriften über die Grenzen der Kommunalaufsicht nicht erlassen worden. Eine sächsische Verordnung bestimmt, daß die Fleischbeschau durch approbierte Tierärzte zu ge-

[1] Hamb. Verfassung v. 13. Okt. 79 Art. 89, brem. Verf. v. 21. Febr. 54 § 15.

[2] WürttVGH. 11. Febr. 25, WüRV. 18 (1925) S. 77f. Ähnlich BayVGH. 13. Jan. 15, Samml. 36, 27ff., WürttVGH. 16. Sept. 21, WüRV. 14 (1921) S. 106ff., ThürOVG. 23. Nov. 27 u. 25. Apr. 28, Jahrb. 12, 96ff. u. 13, 7ff. (keine Verletzung des subj. Rechts einer Behörde, wenn eine ihrer Verfügungen aufgehoben wird).

schehen habe; selbst wenn dies eine bindende, durch keine Ausnahme durchbrochene Vorschrift wäre, was sie in Wirklichkeit nicht ist, würde doch kein approbierter Tierarzt die Anfechtungsklage gegen die Bestellung eines Laienbeschauers erheben können; denn mag auch das Recht verletzt sein, sein Recht ist es nicht[1]. Aus dem gleichen Grunde versagt das sächsische OVG. der Gemeinde ein Recht auf Eingemeindung eines selbständigen Gutsbezirkes, obgleich das Gesetz die Eingemeindung der selbständigen Gutsbezirke bindend vorschreibt; denn abgesehen von allem andern wird die Beseitigung der Gutsbezirke nicht im Interesse der Nachbargemeinden angeordnet[2]. Der Verein „Naturschutzpark e. V." mag ein noch so großes Interesse daran haben, daß die Lüneburger Heide in ihrer Eigenart erhalten bleibt; aber in seinem Interesse ist die Verordnung zum Schutze der Heide nicht erlassen worden, daher hat er auch kein Klagerecht gegen die Erteilung eines Dispenses von den Vorschriften der Verordnung, selbst wenn der Dispens gesetzwidrig wäre[3]. Auch eine so bestimmt lautende Vorschrift wie die des § 13 der preußischen Verordnung vom 26. Februar 1919 („Unmittelbare Staatsbeamte, die nach Vollendung des zehnten Dienstjahrs bis zum 31. Dezember 1920 infolge der Umgestaltung des Staatswesens ihre Versetzung in den Ruhestand nachsuchen, sind in den Ruhestand zu versetzen . . .") braucht kein Recht auf Versetzung in den Ruhestand zu gewähren, wenn sie nämlich im Interesse des Staates und nicht in dem des Beamten erlassen wurde[4]. In andern Fällen ist der Interessenschutz sicher gegeben, aber es fehlt die Absicht des Gesetzes zur Verleihung einer Willensmacht an den Beteiligten. So sind die Vorschriften über die Sonntagsruhe sicher für den Arbeitnehmer erlassen worden, und doch ist die Auffassung möglich, daß er kein subjektives Recht auf Sonntagsruhe hat, weil es nicht Absicht des Gesetzes war, ihm Macht über die Sonntagsruhe zu geben; aus diesem Grunde wies der württembergische VGH. die Rechtsbeschwerde eines Arbeiters gegen eine behördliche Befreiung von den Vorschriften über Sonntagsruhe zurück[5]. Auch Staatsverträge zugunsten einzelner binden möglicherweise nur die Regierungen, ohne daß beabsichtigt ist, dem Begünstigten ein subjektives Recht zu gewähren[6]. Bei der öffentlichen Fürsorge ist ziemlich allgemein anerkannt, daß sie zwar eine bindende Pflicht der Fürsorgeverbände zugunsten des Hilfsbedürftigen darstellt, daß aber diesem hiermit kein subjektives Recht auf Unterstützung verliehen ist[7], schon damit der Empfang der Unterstützung für ihn jeden Reizes entbehrt.

Länderweise verschieden ist die Auffassung über das Wesen der baupolizeilichen Vorschriften zugunsten des Nachbarn[8]. Ein Baugesetz oder eine Bauverordnung verbietet das Bauen unmittelbar an der Grenze oder in einer Höhe, die dem Nachbarn Licht und Luft nimmt. Die Baupolizeibehörde genehmigt den geplanten Bau entgegen der Vorschrift. Ist der Nachbar in seinen „Rechten" verletzt oder kann er sich auf die Bauvorschrift nicht zu seinen Gunsten berufen? Und wenn er es kann, kann er sich klagend gegen die Baupolizeibehörde wenden oder hat er nur einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Bauenden aus dem Nachbarrecht? Die letztgenannte Lösung gilt für schadendrohende Anlagen in Baden. „Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, daß auf dem Nachbargrundstück schadendrohende Anlagen nicht hergestellt oder gehalten werden, ohne daß der Abstand, der nach polizeilichen Vorschriften zwischen der Anlage und

---

[1] SächsOVG. 22. Apr. 25, Jahrb. 29, 91f. [2] SächsOVG. 17. Juni 25, Jahrb. 29, 106.

[3] PrOVG. 26. Apr. 23, Entsch. 78, 257ff. [4] RG. III 15. Febr. 21, RGZ. 101, 328f.

[5] WürttVGH. 24. Juni 25, WüRV. 18 (1925) S. 159ff. Vgl. auch WürttVGH. 17. Juni 29, WüRV. 23 (1930) S. 165ff., KG. 6. Juli 27, KGJ. Erg. 7, 285ff.

[6] BraunschwVGH. 7. Okt. 25, BraunschwZ. 71 (1925) Beil. S. 25ff.

[7] Otto Mayer II S. 386; Hatschek S. 291; Baath VO. ü. d. Fürsorgepflicht[8] 1930 S. 50, 57; WürttVGH. 7. März 28, WüRV. 21 (1928) S. 166f.

[8] Vgl. zum folgenden die im Eingang des Paragraphen genannten Schriften über diese Sonderfrage.

der Grenze belassen werden soll, gewahrt ist, oder die durch polizeiliche Vorschriften vorgeschriebenen Schutzvorrichtungen getroffen sind"[1]. Hier hat das Gesetz die polizeilichen Vorschriften in subjektive Privatrechte umgeformt[2]. Ein subjektives öffentliches Recht gewähren die Vorschriften dem bedrohten Nachbarn nach Ansicht des sächsischen OVG., des bremischen VG., des braunschweigischen und neuerdings vereinzelt auch des württembergischen VGH.[3], während das preußische und das thüringische OVG. wie der badische VGH. die Anfechtungsklage des Nachbarn abweisen[4], da es an der Verletzung eines öffentlichen Rechtes des Nachbarn fehle. Beim Mangel ausdrücklicher Vorschriften entscheidet die Bedeutung der Bauerlaubnis über die Richtigkeit der einen oder der anderen Ansicht. Nach dem sächsischen Allgemeinen Baugesetz hat die Baupolizeibehörde, wenn von dritten Personen Widerspruch gegen den angezeigten Bau erhoben wird, hierüber nach Gehör des Anzeigenden zu entscheiden (§ $153^{I}$), nur Widersprüche, die lediglich auf Privatrecht beruhen, sind zur Ausführung auf den Rechtsweg zu verweisen (§ $154^{I}$). Hier gilt also eine ähnliche Regel wie im Gewerberecht (GewO. § $19^{II}$), wie dort verliert der Nachbar sein Widerspruchsrecht, wenn er es nicht im Verwaltungs- oder Verwaltungsstreitverfahren durchficht[5]. Daher die Zulässigkeit der Anfechtungsklage durch den Nachbarn. In Preußen dagegen berührt die Baugenehmigung das Recht des Nachbarn überhaupt nicht, sie ergeht nach ausdrücklicher Vorschrift der Einheitsbauordnung[6] „unbeschadet der Rechte Dritter" (§ $3^{IV}$). Der Unterschied zwischen der preußischen und der sächsischen Rechtsprechung ist also in den Dingen selbst begründet.

**2. Träger der subjektiven öffentlichen Rechte** können alle Rechtssubjekte sein, der Mensch also, die juristischen Personen des Privatrechts und die des öffentlichen Rechts, einschließlich des Staates. Während früher die Möglichkeit subjektiver öffentlicher Rechte dem Staate gegenüber geleugnet wurde, da der Staat sich selbst von allen Pflichten entbinden könne, ein Recht aber, das vom guten Willen des Verpflichteten abhänge, kein echtes Recht sei, findet heute die Bejahung solcher subjektiven Rechte kaum mehr Widerspruch. Da wir mit Rücksicht namentlich auf die Trennung der Gewalten die Möglichkeit eines Verwaltungsrechts als zweiseitig bindenden Rechts bejaht haben (S. 42), bereitet das subjektive Recht des einzelnen gegen den Staat keine Schwierigkeit mehr. Ähnlich wie der Staat als Fiskus unter dem Privatrecht steht, ist der verwaltende Staat dem Verwaltungsrecht unterworfen. Ebenso gibt es ohne Zweifel Rechte des einzelnen gegen unterstaatliche juristische Personen des öffentlichen Rechts, vor allem gegen Kommunalverbände, und Rechte der Kommunalverbände gegen den einzelnen oder untereinander. Nur für die Rechte des Staates begegnet man wieder Leugnern, da der Staat zu mächtig sei, um mit den übrigen Rechtssubjekten auf eine Stufe gestellt werden zu können[7]. Aber auch für ihn muß die Möglichkeit subjektiver öffentlicher Rechte anerkannt werden, denn auch für ihn gibt es eine dem öffentlichen Rechte

---

[1] Bad. AG. BGB., Fassung v. 13. Okt. 25 Art. $13^{I}$.

[2] Daher keine verwaltungsgerichtliche Klage: BadVGH. 18. Febr. 14, BadVerwZ. 1914 S. 146f.; vgl. auch ...H Die Partei im baupolizeilichen Verwaltungsrechtsstreit, BadVerwZ. 1900 S. 101ff.; ROTH Bad. LandesbauO.$^{3}$ 1925 S. 19f.

[3] SächsOVG. 23. Febr. u. 24. Apr. 25, Jahrb. 29, 30ff., 153ff.; BremVG. 10. Mai 25, Entsch. 1924—29 S. 46; BraunschwVGH. 1. Okt. 19, BraunschwZ. 67 (1920) Beil. S. 43f.; WürttVGH. 12. Nov. 21, WüRV. 15 (1922) S. 31ff., 45ff. Abw. (bei anderen Vorschriften der BauO.) z. B. WürttVGH. 23. Apr. 30, WüRV. 23 (1930) S. 152f.

[4] PrOVG. 11. Febr. 87, Entsch. 14, 378ff.; ThürOVG. 16. Mai 14 u. 22. Febr. 28, Jahrb. 2, 64ff. u. ThürRdsch. 6 (1928) S. 23f. Vgl. auch PrOVG. 10. Mai 12 u. 15. Febr. 16, Entsch. 61, 175ff. u. 70, 377ff.; Regierungsrat Basel-Stadt 6. Jan. 28, SchwZBl. 29 (1928) S. 142f.

[5] Ebenso braunschw. BauO. v. 13. März 99 § $92^{I}$ u. württ. BauO. v. 28. Juli 10 Art. $113^{I}$.

[6] Abgedruckt bei BALTZ-FISCHER Preußisches Baupolizeirecht$^{5}$ 1926 S. 252ff. Ebenso thür. LBauO. v. 2. Sept. 30 § $47^{I}$.

[7] Vgl. OTTO MAYER I S. 104ff.

angehörige Willensmacht, die ihm zum eigenen Vorteil verliehen ist. Der Staat hat ein „Recht" auf Zahlung von Steuern, Gebühren und Beiträgen, ein „Recht" auf Dienste, auf Enteignung, auf Strafe, auf Unterlassung polizeiwidrigen Verhaltens. Die Erkenntnis bedeutet keine theoretische Spielerei, sondern kann auch entscheidend für die Lösung von Rechtsfragen werden. So wurde einmal ein Angeklagter von einem mitteldeutschen Gerichte verurteilt. Während die Sache vor dem Reichsgericht schwebte, schlug sie der Landesherr des verurteilenden Gerichts im Wege der Gnade nieder. Band die Begnadigung das Reichsgericht? Faßt man die Begnadigung als Befehl an die zuständigen Behörden auf, das Strafverfahren einzustellen, so reicht sie nicht über die Landesgrenzen, ist sie dagegen Verzicht auf ein subjektives Recht des Landes zu strafen, so muß auch das Reichsgericht sie berücksichtigen[1]. Jetzt, da die neueren Verwaltungsrechtspflegegesetze auch Feststellungsklagen des Staates zulassen, gewinnt die Erkenntnis von der Möglichkeit subjektiver öffentlicher Rechte des Staates erhöhte Bedeutung.

**3. Stufen der öffentlichen Rechte des einzelnen**[2]. Die Zweifler an der Möglichkeit öffentlicher Rechte gegen den Staat haben insofern recht, als es gegen die oberste Äußerungsform der Staatsgewalt, gegen den in verfassungsmäßigen Formen sich betätigenden Verfassungsgesetzgeber eines souveränen Staates, subjektive Rechte im strengen Sinne nicht geben kann, sondern höchstens absolute Begrenzungen des Staatswillens, die man allerdings der Kürze halber als Urrechte bezeichnen mag. Aber auch die übrigen Äußerungsformen der Staatsgewalt finden nicht notwendig eine Grenze an entgegenstehenden Rechten des einzelnen. Die bundesstaatliche Gestaltung des Reiches vermehrt die möglichen Stufenfolgen beträchtlich. Hier seien nur die wichtigsten Stufen aufgeführt. Dabei begreift die höhere Stufe die niedereren immer in sich; wer z. B. sogar gegen die Gesetzgebung geschützt ist, ist es erst recht gegen die Verwaltung.

Die höchststufigen Rechte sind die gegen alle Gewalten mit Ausnahme des Reichsverfassungsgesetzgebers gerichteten. Das Recht des Deutschen auf Nicht-Auslieferung an das Ausland (RV. Art. $112^{III}$) gehört hierher; denn kein Verwaltungsakt, keine gerichtliche Verfügung, kein Landes-, kein gewöhnliches Reichsgesetz, keine Maßnahme des Reichspräsidenten nach RV. Art. $48^{II}$ darf die Vorschrift durchbrechen.

Dann folgen die nur durch Ausnahmeverordnung außer Kraft setzbaren Grundrechte, also das Recht auf persönliche Freiheit, auf Wohnfreiheit, auf Briefgeheimnis, auf freie Meinungsäußerung, die Versammlungs-, die Vereinsfreiheit und die Freiheit des Eigentums. Vielleicht befremdet diese Auffassung zunächst, da doch gerade die Artikel 114, 115, 117, 118, 123, 153 der RV. Rechte gewähren, die schon durch gewöhnliches Reichsgesetz, zum Teil sogar durch Landesgesetz, eingeschränkt werden können. Indessen, Einschränkung ist nicht soviel wie Aufhebung. Am deutlichsten zeigt sich dies vielleicht beim Rechte auf Freiheit der Wohnung und beim Eigentum. „Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig" (Art. 115). „Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden" (Art. $153^{II}$). Die Freiheit der Wohnung kann also der Gesetzgeber nicht im ganzen aufheben, er kann die Wohnungen der Bürger nicht ganz allein zu Kasernen machen, und bei der Enteignung bedarf es neben der gesetzlichen Grundlage auch noch des Zusammenhanges mit dem Wohle der Allgemeinheit. Die Eigenschaft des Eigentums als eines Rechtes zweithöchster Stufe mußte bei der Frage der Fürstenenteignung klar werden. Ein gewöhnliches Reichsgesetz scheiterte nach Ansicht

---

[1] RG. III 12. März 00, RGSt. 33, 204ff.

[2] Vgl. meine Ausführungen Fehlerh. Staatsakt 1908, S. 23 Anm., dann JahrbÖffR. IX 1920 S. 113ff., THOMA in der Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 183ff. und C. SCHMITT Verfassungslehre 1928 S. 175ff.

vieler daran, daß die bloße Wegnahme zugunsten des Staates noch keine Enteignung zum Wohle der Allgemeinheit darstellt. Der Reichspräsident aber konnte, wenn er die Voraussetzungen des Art. 48$^{II}$ als gegeben ansah, den ganzen Artikel 153 suspendieren und damit der schrankenlosen Enteignung freie Bahn schaffen; er konnte also mehr als der Reichsgesetzgeber.

Die dritte Stufe der öffentlichen Rechte bilden die durch einfaches Reichsgesetz aufhebbaren. Dahin gehören die durch einfaches Reichsgesetz gewährten, sofern ihnen nicht die Verfassung, wie bei den wohlerworbenen Beamtenrechten, Verfassungskraft beilegt, also z. B. das Recht der deutsch gewesenen Witwe eines Ausländers auf Wiedererwerb der deutschen Staatsangehörigkeit (RStAG. § 10), das Recht auf Genehmigung einer Privat-Krankenanstalt nach § 30 GewO. Aber auch die Grundrechte der Reichsverfassung gehören hierher, soweit die Verfassung eine Einschränkung durch Reichsgesetz vorsieht. So ist das Briefgeheimnis unverletzlich. Ganz beseitigen kann es, wie soeben gezeigt, nur der Verfassungsgesetzgeber und — vorübergehend — der Reichspräsident nach Art. 48. Aber „Ausnahmen" können durch Reichsgesetz zugelassen werden (RV. Art. 117). Unter Reichsgesetz hat man hier auch die durch Reichsverfassung oder durch besonderes Reichsgesetz ermächtigten Verordnungen zu verstehen.

Die schon durch Landesgesetz aufhebbaren Rechte kommen an vierter Stelle. Auch hier könnte man unterscheiden zwischen Landesverfassungsgesetzen und gewöhnlichen Landesgesetzen. Von den Grundrechten der Reichsverfassung ist das Recht der körperlichen Freiheit ein Recht dieser Art, denn „eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig" (Art. 114$^{I}$), gleichgültig, ob es Reichs- oder Landesgesetze sind. Auch die meisten durch Landesgesetz geschaffenen Rechte gehören hierher, so das Recht auf Erteilung einer Bauerlaubnis, eines Jagdscheins, auf Besuch einer Schule. Bejahend ausgedrückt richten sich diese Rechte nur noch an den durch Justiz und Verwaltung sich betätigenden Staat, aber gerade diese Beziehung, vor allem die zur Verwaltung, ist für das Verwaltungsrecht von Wichtigkeit. Auch die höherstufigen Rechte richten sich mit an die Verwaltung; diese oder das mit Klage angerufene Verwaltungsgericht sind es auch, die die Vereinbarkeit eines landesgesetzlichen Eingriffs mit dem Reichsrecht, eines verordnungsmäßigen Eingriffs mit dem Gesetze und — soweit die Prüfungsbefugnis anerkannt ist — eines gesetzlichen Eingriffs mit der Verfassung nachprüfen.

Scheidet man die Frage von Eingriffen durch die Justiz aus, so bleiben noch übrig die durch einzelne Verwaltungsbehörden aufhebbaren Rechte. Würden sie schrankenlos durch jede Verwaltungsbehörde aufgehoben werden können, dann wären es überhaupt keine Rechte mehr, da jede wegen Verletzung des Rechtes belangte Verwaltungsbehörde einwenden könnte, sie habe den Eingriff machen dürfen. So liegen aber die Dinge nie. Vielmehr dürfen nur ganz bestimmte Behörden eine Haussuchung oder eine Wohnungsbeschlagnahme anordnen, einen Beamten vorläufig seines Amtes entheben, eine Enteignung aussprechen, zur Einkommensteuer heranziehen, und auch sie meist nur in bestimmten Formen. Gegen alle übrigen Behörden, genauer: gegen den Staat, vertreten durch alle übrigen Behörden, hat der einzelne einen Anspruch auf Unterlassung jedes ihnen nicht zukommenden Eingriffs. Auch der Inhaber einer frei widerruflichen Polizeistundenverlängerung hat also ein Recht auf Ausübung der Vergünstigung, z. B. dem Magistrat oder dem Landrat gegenüber, nur der Ortspolizeibehörde gegenüber fehlt das Recht, wenn sie zulässigerweise von ihrer Befugnis zum Widerrufe Gebrauch macht. Es kann auch vorkommen, daß sich ein Recht gegen eine bestimmte Art von staatlichen Stellen richtet, z. B. gegen das Militär, dem es nicht gestattet sein soll, ohne Requisition der Zivilbehörde zur Unterdrückung

innerer Unruhen einzuschreiten[1]. Vor allem sind eine Reihe von Grundrechten nur gegen die Polizei gerichtet[2]. So haben zwar alle Deutschen das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden (RV. Art. 124[I]). Aber kraft Anstaltsrechts kann der Vorsteher einer Schule die Bildung einer Schülerverbindung verbieten. „Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln" (RV. Art. 123[I]). Aber kein Beamter darf daraus das Recht herleiten, vom Dienste fernbleiben zu dürfen. Denn das Vereins- und Versammlungsrecht soll nur vor polizeilichen Eingriffen geschützt werden. Die Feststellung, ob ein Grundrecht nur polizeigerichtet ist oder mehr gewährt, ist daher sehr wichtig. Eine Vermutung für die bloße Richtung gegen die Polizei besteht für die Grundrechte in ihrer Gesamtheit keineswegs. So würde es den Verfall der deutschen Universitäten bedeuten, wenn der Satz: „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei" (RV. Art. 142) nur der Polizei gegenüber und nicht auch der Unterrichtsverwaltung gegenüber Geltung hätte[3].

**4. Arten der öffentlichen Rechte des einzelnen.** Wenn das subjektive Recht soviel ist wie eine Willensmacht, die dem Träger der Willensmacht in seinem eigenen Interesse vom Staate verliehen ist, so lassen sich die öffentlichen Rechte gliedern nach den Interessen, die der einzelne im Verhältnis zum Staate haben kann. Dieser Interessen aber gibt es drei: unmittelbare Teilnahme an der Staatsgewalt, Tätigwerden des Staates im Interesse des einzelnen, Freiheit vom Staate. Also gibt es auch drei Arten von Rechten: Mitwirkungsrechte, positive Ansprüche und Freiheitsrechte.

a) Von den Mitwirkungsrechten sind am bekanntesten die sog. politischen Rechte, wie Wahlrecht, Stimmrecht beim Volksentscheid, Recht des Abgeordneten auf Teilnahme an den Sitzungen. Für das Verwaltungsrecht bedeutsamer sind die Rechte auf Teilnahme an der Verwaltung. Das wichtigste Recht dieser Art ist das Recht der Gemeinden und sonstigen Kommunalverbände auf Selbstverwaltung. So hat die Gemeinde das Recht, Gemeindebeamte mit hoheitlichen Befugnissen anzustellen, die Einwohner zu gemeindlichen Gebühren, Beiträgen und Steuern zu veranlagen, Wohnungen zu beschlagnahmen, Ortsstatute zu erlassen. In diesen und in anderen Fällen nimmt sie teil an der vom Staate herrührenden öffentlichen Gewalt und hat ein Recht auf solche Teilnahme. Allerdings lassen sich alle Mitwirkungsrechte bei genauem Zusehen wieder auflösen in positive Ansprüche und in Freiheitsrechte. Der Gemeindewähler z. B. hat einen Anspruch auf Eintragung in die Wählerliste, auf Abnahme des von ihm in den Umschlag gelegten Stimmzettels und auf Berücksichtigung seiner Stimme bei Ermittelung des Wahlergebnisses. Die Gemeinde hat dem einzelnen gegenüber das Recht auf Befolgung ihrer Befehle und dem Staate gegenüber auf Unterlassung jeder gesetzwidrigen Störung der Selbstverwaltung. Die Mitwirkungsrechte sind also nur in ihrem Vorstadium, dem „Rechtszustand" im oben (S. 192f.) entwickelten Sinne, dem Zustande der bloßen Mitwirkungsmöglichkeit, von den beiden andern Rechten verschieden; für das Verständnis der Beziehungen des einzelnen zum Staate aber ist ihre Behandlung als besondere Art der subjektiven öffentlichen Rechte unerläßlich. Nur vergesse man nicht, daß sie sich im Stadium der Ausübung in eine Anzahl positiver und negativer Ansprüche zerlegen lassen.

---

[1] Pr. VerfUrk. v. 31. Jan. 50 Art. 36. [2] Vgl. insbesondere THOMA a. a. O. S. 200ff.

[3] So — früher — ANSCHÜTZ RV.[3 u. 4] 1926 zu Art. 142 (anders 10. Aufl. 1929) und THOMA a. a. O. S. 216f. (anders in NIPPERDEY I S. 24f.), ferner ThürOVG. 28. Juli 18, Jahrb. 6, 47ff. — Dagegen ROTHENBÜCHER und SMEND auf der Münchener Tagung der Vereinig. d. Deutsch. Staatsrechtslehrer, Frühjahr 1927, VStaatsRL. 4 (1928) S. 32ff., 56ff.; ferner FRHR. MARSCHALL v. BIEBERSTEIN Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze 1927 S. 178ff.; W. SCHMIDT Freiheit der Wissenschaft 1929 S. 93ff.

b) Die positiven Ansprüche des einzelnen brauchen nicht auf die Vornahme obrigkeitlicher Handlungen gerichtet zu sein. Auch die Ansprüche des Beamten auf Besoldung, der Beamtenwitwe auf Hinterbliebenenversorgung, des Enteigneten auf Entschädigung, des Steuerpflichtigen auf Rückzahlung zuviel gezahlter Steuern, des Hausbesitzers auf Wasserversorgung aus einer öffentlichen Wasserversorgungsanstalt sind Ansprüche des öffentlichen Rechts. Aber wichtige Ansprüche gehören auch mit ihrem Gegenstande dem öffentlichen Rechte an, so vor allem die Ansprüche auf Bescheidung eines Antrags. Der Baulustige, der einen Antrag auf Baugenehmigung, der Wirt, der einen Antrag auf Genehmigung einer Gastwirtschaft stellt, der Jagdpächter, der einen Jagdschein begehrt, der von einer polizeilichen Verfügung Betroffene, der ihre Aufhebung durch die Verwaltungsgerichte verlangt, der Beamte, der entlassen werden, der Preuße, der sich in Sachsen niederläßt und die sächsische Landesangehörigkeit erwerben will, sie alle begehren die Vornahme eines Verwaltungsaktes, auf den sie einen Anspruch haben. Man kann sogar sagen, daß die positiven Ansprüche die im Leben der Verwaltung wichtigsten subjektiven öffentlichen Rechte darstellen. Von der Auflösung der Mitwirkungsrechte in positive Ansprüche war soeben die Rede. Aber auch die Freiheitsrechte gelangen vielfach erst in dem Augenblicke ihrer Verletzung zur vollen Geltung und äußern sich dann in dem positiven Anspruch auf Beseitigung der rechtswidrigen Verfügung. Dies umfassende Anwendungsgebiet der positiven Ansprüche verleitet den einzelnen manchmal zur Geltendmachung von Rechten, die keine sind. So gibt es grundsätzlich kein Recht des einzelnen auf Einschreiten der Polizei gegen einen Dritten, schon deshalb nicht, weil es meist vom freien Ermessen der Polizei abhängt, ob sie einschreiten will oder nicht, außerdem, weil die Polizei meist im öffentlichen Interesse einzugreifen hat und nicht im Interesse Privater, endlich weil es nicht in der Absicht der Gesetze liegt, dem einzelnen eine so weitgehende Willensmacht zu verleihen. Der das Einschreiten Wünschende mag die Aufsichtsbehörde anregen, der zuständigen Polizeibehörde das Einschreiten zu befehlen, aber klagen darauf kann er nicht. So verlangte einmal jemand, daß die Polizei dem Nachbarn die Schankerlaubnis entziehe, und focht den das Verlangen abweisenden Bescheid mit der verwaltungsgerichtlichen Klage an, wurde aber auch mit ihr wegen Fehlens eines subjektiven Rechts abgewiesen[1]. Ebensowenig gibt es ein Recht auf Übernahme in den Staatsdienst oder auf Übertragung eines Amtes. Die Auswahl der im Staatsdienst zu Verwendenden ist zu wichtig und sträubt sich zu sehr gegen bindende, eindeutig auf den Einzelfall anzuwendende Regeln, als daß es dem Staate einfallen dürfte, das freie Ermessen der Anstellungsbehörde durch subjektive Rechte der Anwärter einzuengen[2]. Selbst die Zusicherung der Übertragung eines Amtes bindet die Behörde nicht[3], begründet höchstens bei Leichtfertigkeit der Zusicherung einen Schadensersatzanspruch des auf die Zusicherung Vertrauenden. Nur die Zusage an einen ausscheidenden Beamten, ihn auf Verlangen wieder einzustellen, hat bindende Kraft, da sie dem Beamten sein schon vorhandenes Recht auf Dienststellung mit Einschränkungen vorbehält[4].

Positive Ansprüche hat der einzelne auch den Gemeinden gegenüber, allerdings mehr auf wirtschaftlichem Gebiete als auf obrigkeitlichem. Der ganze Rechts-

---

[1] LVG. Schwerin 22. Mai 25, MecklZ. 41 (1925) S. 383f. — Ähnlich PrOVG. 10. März 27, PrVerwBl. 48 (1927) S. 505; SächsOVG. 25. Juli 16 u. 28. Sept. 26, Jahrb. 24, 1ff. u. 30, 111ff.; BadVGH. 2. Juli 24, BadVerwZ. 1925 S. 46ff.; ThürOVG. 18. Juni 24, Jahrb. 10, 4f.; OldOVG. 26. Jan. 28, OldZ. 55 (1928) S. 131ff.; BraunschwVGH. 22. Jan. 02, BraunschwZ. 49 (1902) Beil. S. 1f.; BremVG. 27. Juni 27, Entsch. 1930 S. 27f.

[2] Vgl. HessVGH. 1. Aug. 22, Entsch. 6, 33f.

[3] RG. III 4. März 24, JW. 1924 S. 1361.

[4] OLG. München 10. Juni 26, JW. 1926 S. 2305ff.

schutzanspruch fällt hier weg, da die Verwaltungsgerichtsbarkeit Staatssache ist. Zu häufigen Streitigkeiten führen die aus alter Zeit stammenden Ansprüche auf Bürgernutzung, Allmendgenuß. Neben dem von der Gemeinde selbst genutzten Grundbesitz gibt es in vielen Teilen Deutschlands Gemeindeländereien, die nach einem bestimmten Schlüssel den Gemeindebürgern zur eigenen Bewirtschaftung überlassen werden müssen. Der einzelne Bürger hat Anspruch auf Überlassung des ihm zukommenden „Loses" und kann ihn vor den Verwaltungsgerichten verfolgen[1].

c) Freiheitsrechte (Rechte auf Unterlassung)[2]. Die Freiheitsrechte müssen, um echte Rechte zu sein, mehr sein als bloße Freiheiten[3]. Auch sie müssen das Merkmal des subjektiven Rechtes an sich tragen: sie müssen eine Willensmacht enthalten, die dem Willensträger in seinem eigenen Interesse verliehen ist. Das Merkmal des eigenen Interesses bereitet keine Schwierigkeit: die Preß-, Vereins-, Religionsfreiheit und viele andere Freiheiten sind dem einzelnen jedenfalls auch in seinem Interesse verliehen. Dagegen hapert es etwas mit der Willensmacht. Eine Unterlassungsklage gegen den Staat, gerichtet auf Nicht-Störung der Freiheit, gibt es heute vor den Verwaltungsgerichten nicht. Auch die negative Feststellungsklage, daß nämlich der einzelne einen bestimmten Eingriff in seine Freiheit nicht zu dulden brauche, kennen nur die neuesten Verwaltungsrechtspflegegesetze. Endlich sind auch Verfügungen über die Freiheitsrechte nur in beschränktem Umfange zulässig. Wohl kann der einzelne durch die Bitte, ihn in Schutzhaft zu nehmen, oder durch den Hilferuf an die Polizei, einmal in der Wohnung nachzusehen, einen an sich unstatthaften Eingriff zulässig machen, aber andere Freiheitsrechte, wie das Recht auf Gewissensfreiheit, sind schlechthin unangreifbar. Trotzdem haben wir das deutliche Gefühl, daß auch die Freiheitsrechte echte Rechte sind, Rechte auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe. Am besten kommt man mit einer hypothetischen Frage zum Ziele. Zugegeben, daß es zur Zeit keine Unterlassungsklagen gegen den Staat gibt, sondern nur Klagen auf Aufhebung gesetzwidriger Eingriffe, so lautet die Frage: würde wohl aus der allgemeinen Freiheit oder aus einer der bekannten gesetzlich gewollten, nicht bloß geduldeten Freiheiten auf Unterlassung eines drohenden Eingriffes geklagt werden können, wenn im Verwaltungsstreitverfahren die gleichen Klagen zulässig wären wie im Zivilprozeß? Erinnert man sich, daß das Reichsgericht kein Bedenken trug, die Unterlassungsklage gegen gesetzwidrige Schießübungen zuzulassen (S. 188f.), überlegt man weiter, daß doch kein allzugroßer Schritt ist z. B. von der Klage auf Unterlassung der Schließung eines Gewerbebetriebs zu der Klage auf Aufhebung der Schließungsverfügung, so muß man die hypothetische Frage nach der Zulässigkeit der Unterlassungsklage bejahen. Es ist mehr ein Zufall, keine Notwendigkeit, daß die allgemeine Freiheit und die einzelnen Freiheiten heute noch nicht durch die verwaltungsgerichtliche Unterlassungsklage geschützt sind. Auch so entspricht es der allgemeinen Auffassung, daß der einzelne die Unterlassung eines gesetzwidrigen Eingriffs „verlangen" kann, da es sonst unverständlich wäre, warum ihm gegen den geschehenen Eingriff das Klagerecht zusteht. Schon jenes bescheidene unbewehrte Verlangenkönnen ist aber eine Willensmacht, die die Freiheit zum subjektiven Rechte erhebt. Bedenkt man noch, daß dem einzelnen eben doch in vielen Fällen die Macht gegeben ist, den an sich unerlaubten Eingriff erlaubt zu machen, und daß, wo ihm diese Macht fehlt, der gesetzgeberische Grund offenbar in einer gewollten Steigerung der Unantastbarkeit seiner Rechtsstellung liegt, so

---

[1] Vgl. z. B. E. Walz Bürgerrecht und Bürgernutzen im bad. Recht 1930; Staecker in der MecklZ. 42 (1926) S. 147ff.; PrOVG. 22. Febr. 21, Entsch. 76, 122ff.; RG. V 13. Juni 27, RGZ. 117, 235ff.

[2] Von Bühler „Rechte des Dürfens" genannt: Festg. f. Fleiner 1927 S. 50.

[3] Vgl. oben S. 200.

fällt jeder Zweifel über die Eigenschaft der Freiheitsrechte als echter subjektiver öffentlicher Rechte.

Praktisch hat diese Erkenntnis keine große Bedeutung mehr, da die Rechtsprechung schon längst im gleichen Sinne entschieden hat. Der von einer polizeilichen Verfügung Getroffene kann gegen sie nur klagen, wenn er „in seinen Rechten" verletzt ist (z. B. LVG. § $127^{III}$); der Hauptanwendungsfall der Klage ist aber gerade der, daß der Kläger einen gesetzwidrigen Eingriff in seine Freiheit behauptet, und nie haben die Verwaltungsgerichte Bedenken getragen, eine solche Klage zuzulassen. Trotzdem machte der wissenschaftliche Streit über die Natur der Freiheitsrechte ein kurzes Eingehen auf die Gründe nötig, die ihr Wesen als so zweifelhaft erscheinen lassen.

d) Anhang. Die wohlerworbenen Rechte der Beamten. Nach RV. Art. 129 sind „die wohlerworbenen Rechte der Beamten unverletzlich". Da die Bestimmung häufig die Gerichte beschäftigt, sei anhangsweise untersucht, zu welchen Arten der öffentlichen Rechte diese Rechte gehören. Die Stufenordnung dieser Rechte (oben S. 204ff.) macht keine Schwierigkeit, sie sind höchststufige Rechte, da sie nur durch verfassungsänderndes Reichsgesetz beseitigt werden können.

Gehören Mitwirkungsrechte dazu? Die vielerörterte Frage des Rechtes am Amt, des Rechtes auf Ausübung des Amtes tritt hier entgegen[1]. Wir verneinen die Möglichkeit solcher Rechte, jedenfalls soweit obrigkeitliche Tätigkeiten des Beamten in Frage stehen. Der Staat gewährt heute solche Rechte juristischen Personen des öffentlichen Rechts, vor allem den Gemeinden, aber nicht seinen Beamten. Der Bejahung eines Rechts an einem bestimmten Amte steht schon die freie Versetzbarkeit der Beamten im Wege. Wo diese fehlt, wie bei den Richtern, hat der Staat die Unversetzbarkeit im Interesse der Unabhängigkeit der Rechtsprechung eingeführt und nicht im Interesse der Beamten. Die Frage ist nur, ob sich ein Beamter über die Versetzung hinaus auch die völlige Kaltstellung gefallen lassen muß, sofern er keine Einbuße an seinen dienstlichen Einkünften erleidet. Mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß auch im Beamtenrecht Willkür verboten ist, bejahen wir die Frage für obrigkeitliche Betätigungen; bei Künstlern, die als Beamte angestellt sind, bei Gelehrten und in ähnlichen Fällen mag es anders sein, da hier die bürgerlichrechtliche Analogie mit dem Rechte auf Beschäftigtwerden zu nahe liegt. Der Staat kann sich nicht der Gefahr aussetzen, durch unfähige Beamte, gegen die aber kein gesetzlicher Grund zur Versetzung in den Ruhestand oder zur strafweisen Entfernung aus dem Amte vorliegt, sein Dasein aufs Spiel zu setzen. Wenn er also kein passendes Amt findet, in das er den Beamten versetzen kann, dann erteilt er ihm Zwangsurlaub und verbittet sich jede weitere Betätigung[2]. Die Vorschrift in der RV. Art. $129^{II}$ über die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und Formen, die gegeben sein müssen, damit ein Beamter vorläufig seines Amtes enthoben, einstweilen oder endgültig in den Ruhestand versetzt werden kann, bezieht sich nur auf gewisse, im Beamtenrecht herkömmliche, mit Rechtsminderungen verbundene förmliche Verwaltungsakte und nicht auf die eine Vorstufe zur jedenfalls zulässigen Versetzung bildende Zwangsbeurlaubung.

[1] Vgl. Triepel im ArchÖffR. 40 (1921) S. 367ff.; ThürOVG. 28. Juni 16, Jahrb. 4, 103ff. Könnte ein Machtspruch des Gesetzgebers wissenschaftliche Streitfragen entscheiden, so gäbe es ein „Recht auf das Amt" in Württemberg: BeamtG. v. 21. Jan. 29 Art. 45 (Überschrift); vgl. jedoch Art. 22, 23.

[2] Gegen die Zulässigkeit der Zwangsbeurlaubung WürttVGH. 14. Juli 25, JW. 1925 S. 2512f.; Friedrichs Pr. Kommunalbeamtenrecht 1926; für die Zulässigkeit Arndt in der Anm. zur Entsch. des WürttVGH. Das württ. BeamtG. v. 21. Jan. 29 gestattet sie jetzt bis zu drei Monaten ausdrücklich (Art. $45^{III}$), das thür. StBG. v. 14. März 23/13. Dez. 30 bei Gefahr im Verzuge unbegrenzt (§ 132, dazu ThürOVG. 4. März 31, ThürRdsch. 9, 1931, S. 11), das RG. III 25. März 30, RGZ. 128, 59ff., läßt die Zulässigkeit dahingestellt. Der Fall einer Zwangsbeurlaubung bei SächsOVG. 9. März 27, Jahrb. 31, 226ff., betraf eine Sonderfrage.

Dagegen können die wohlerworbenen Rechte der Beamten sowohl positive Ansprüche als auch Rechte auf Unterlassung sein. Positive Ansprüche sind vor allem die Ansprüche auf Besoldung, Tagegelder, Fahrtkostenersatz. Das wichtigste Recht auf Unterlassung ist das Recht auf die allgemeine Dienststellung, d. h. das Recht auf die erreichte Dienststellengruppe, und bedeutet, daß der Staat den Beamten gegen seinen Willen ohne besondere gesetzliche Ermächtigung nicht in eine für ihn ungünstigere Dienststellung bringen darf, also z. B. nicht von einem Amte einer höheren Besoldungsgruppe in ein solches einer niedrigeren. Wenn es also auch kein Recht am Amte gibt, so gibt es doch ein Recht auf Verbleiben in der Dienststellengruppe[1]. Ein Recht auf Unterlassung ist auch das Recht auf Freiheit von übermäßiger oder unwürdiger Beanspruchung, ein positiver Anspruch das Recht auf Urlaub, allerdings nicht im Sinne eines wohlerworbenen Rechtes höchster Stufe, da ein Gesetz, vielfach sogar eine Verordnung die bestehenden Urlaubsvorschriften ändern kann. Auch beim Rechte auf allgemeine Dienststellung ist nicht immer gesagt, daß es zu den höchststufigen Rechten gehört. So darf man aus der Zulassung von Altersgrenzen selbst für Richter (RV. Art. 104[I]) schließen, daß ganz allgemein die Einführung von Altersgrenzen für Beamte nicht als Verletzung wohlerworbener Rechte aufgefaßt werden darf, da es nicht in der Absicht der Verfassung liegen konnte, jene Bestimmung nur für die nach Inkrafttreten der Verfassung ernannten Richter wirken zu lassen[2]. Eine Reihe von weiteren Fragen über den Umfang der wohlerworbenen Rechte steht im Zusammenhang mit der Neuordnung der Beamtenbesoldung im Jahre 1920 und mit dem Übergang von der Inflationszeit in die Zeit der Währungsfestigung. Um nur eine von diesen Fragen herauszugreifen, so hat kein Beamter, auch kein vor dem Kriege angestellt gewesener, ein wohlerworbenes Recht darauf, daß er immer im gleichen Verhältnis zu andern Beamtengruppen besoldet werde (es sei denn, daß ihm die Gleichstellung besonders zugesagt wurde), da sonst die einmal vorhandenen Besoldungsordnungen ewig unveränderlich wären[3]. Ja, selbst wenn alle andern Beamtengruppen verhältnismäßig besser gestellt würden als seine, so würde er sich doch nicht beklagen können, sofern er nur mindestens den gleichen Goldmarkbetrag erhielte wie bei Weitergeltung der vor dem Kriege gültig gewesenen Besoldungsordnung und die Maßregel keinen Willkürakt und somit keine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze darstellte.

Kann ein Gesetz die Beamtenrechte dadurch zu Rechten dritter oder vierter Stufe machen, daß es, z. B. in einem Besoldungsgesetz, jederzeitige Änderung der Besoldungsbezüge durch einfaches Gesetz vorsieht[4]? Dann wären nur die vor Inkrafttreten eines solchen Besoldungsgesetzes angestellten Beamten vor gesetzgeberischen Überraschungen, solche des Reichsverfassungsgesetzgebers ausgenommen, sicher und auch sie nur, wenn sie sich dem neuen Besoldungsgesetze mit der Änderungsklausel nicht unterworfen haben. Mehr für den Beamten kann man aber aus RV. Art. 129[I] auch nicht herauslesen[5]. Die Bestimmung sollte das damals

[1] Eickel BeamtJahrb. 1924 S. 182. [2] Vgl. RG. III 14. März 22, RGZ. 104, 58ff.

[3] RG. III 24. Juni 24, RGZ. 108, 314ff.

[4] Vgl. z. B. BesoldG. des Reichs v. 16. Dez. 27 § 39; pr. BesoldG. v. 17. Dez. 27 § 39.

[5] RG. III 18. Febr. 27, JurRdsch. 3 (1927) Rechtspr. Nr. 1064; RG. III 17. März 31, ZSelbstv. 14 (1931) S. 206ff. (zu pr. BesoldG. § 43). Auch der gesetzeskräftige Beschluß des RG. III 5. Dez. 27, RGZ. 120, 374ff., steht nicht entgegen, da er auf einer dem Beamten günstigen Auslegung der Änderungsklausel, nicht einer Prüfung ihrer Zulässigkeit beruht (S. 394). Anders Obergericht Danzig 25. Sept. 28, RVerwBl. 50 (1929) S. 112f.; Gutachten des BayObLG. v. 9. Juli 29, BayVerwBl. 78 (1930) S. 141ff. Folgerichtig müßten dann aber die Gegner der Zulässigkeit des Gesetzesvorbehalts das unter der Voraussetzung seiner Gültigkeit erlassene ganze Gesetz für ungültig erklären. — Über die ganze Frage vgl. das am Kopfe des Paragraphen angeführte Schrifttum über den Gesetzesvorbehalt. Der RFinH. hilft sich in seiner Entsch. v. 15. Jan. 31, Samml. 27, 321ff., um die Reichshilfe der VO. v. 26. Juli 30 zu retten, mit der Treuepflicht des Beamten (hiergegen Jahn DSteuerBl. 14, 1931, Sp. 295ff.), andere deuten die Ge-

im Dienste befindliche Beamtentum vor Abbaugelüsten radikaler Kreise schützen, an die zukünftigen Beamten dachte man weniger. Doch sind die einmal erdienten Bezüge, d. h. die fällig gewordenen, unter allen Umständen „wohlerworben"; über sie kann der Gesetzgeber auch beim Vorbehalt gesetzlicher Änderungen nicht verfügen, anders ausgedrückt: der Vorbehalt gilt nicht für rückwirkende Gesetze.

**5. Subjektives Recht und freies Ermessen.** Willensmacht bedeutet, daß der mit ihr Beliehene durch Erklärung des Willens eine rechtliche Wirkung erzielt, insbesondere einen andern Willensträger zum Handeln nötigt. So besteht die Willensmacht des um eine baupolizeiliche Genehmigung Nachsuchenden darin, daß er durch Stellung des Antrags die Baupolizeibehörde zwingt, den Antrag zu prüfen und, bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen, zu genehmigen. Solche Wirkung ist aber nur möglich, wenn der begehrte Verwaltungsakt ein gesetzlich gebundener Akt ist. Ist er ein Akt des freien Ermessens, so besteht keine eindeutige Bindung, es fehlt also an der Willensmacht des Antragstellers und damit am subjektiven Recht.

Trotzdem bedeutet freies Ermessen nicht in jeder Beziehung die Verneinung eines subjektiven Rechtes. Auch die „Kann"-Genehmigungen, d. h. die Genehmigungen, die erteilt werden „können", nicht müssen, sind gebundener als etwa Entschließungen eines Privatmanns. Das Verbot der Willkür, die Pflicht zur sorgfältigen Prüfung, das Verbot, sich nicht durch rechtsirrige Erwägungen beeinflussen zu lassen, steht über jedem Akt des freien Ermessens. Soweit die Überprüfung derartiger Ermessensfehler reicht, reicht auch das subjektive Recht des einzelnen[1]. In gewissen Fällen „kann" eine Gewerbegenehmigung zurückgenommen werden. Wird sie es, so kann der Betroffene sich an sich nicht wegen Verletzung eines Rechtes beklagen. Wohl aber hat er ein Recht darauf, daß die Behörde nicht aus Schikane gegen ihn vorgeht oder ihm die Genehmigung entzieht, in der irrigen Meinung, hierzu verpflichtet zu sein. Die früher (S. 36ff.) entwickelte Lehre von den Ermessensfehlern hat ihre Bedeutung gerade auch für den Anwendungsbereich des subjektiven Rechtes des einzelnen. Auch ein Akt des freien Ermessens, der sich an sich innerhalb der dem Ermessen gesetzten objektiven Grenzen hält, also so, wie er erlassen wurde, auch erlassen werden durfte, kann den einzelnen in seinen Rechten verletzen, wenn für seinen Erlaß Erwägungen mitspielten, die das Gesetz verbietet.

**6. Nachfolge in öffentliche Rechte und Stellvertretung.** Für die Nachfolge in öffentliche Rechte des Staats und anderer Träger öffentlicher Verwaltung gilt das über die Nachfolge in öffentliche Pflichten Gesagte. Den Hauptanwendungsfall bildet die Neuschaffung oder die Änderung im Bestande von Rechtsträgern des öffentlichen Rechts. Das Reich zweigt z. B. aus seinem eigenen Bestande die Reichsbahngesellschaft als selbständige Persönlichkeit aus und überträgt auf sie die bisher dem Reiche gehörigen Rechte. Oder ein deutsches Land geht in einem andern deutschen Lande auf, oder zwei Gemeinden vereinigen sich zu einer neuen Gemeinde. In solchen Fällen wird der neue oder der in seinem Bestande vergrößerte Rechtsträger Rechtsnachfolger des oder der alten Rechtsträger. Auch die bekannte völkerrechtliche Frage der Staatensukzession kann hier hereinspielen[2].

Auch die öffentlichen Rechte des einzelnen unterliegen ähnlichen Regeln wie seine öffentlichen Pflichten. Gewisse Rechte sind kraft ausdrücklicher Bestimmung oder ihrer Natur nach höchstpersönlich. So steht der durch Antragstellung erworbene Anspruch auf Verleihung einer deutschen Landesangehörigkeit, auf

haltskürzung der VO. v. 1. Dez. 30 als Deflationsmaßnahme, wieder andere weisen darauf hin, daß das BesoldG. d. Reichs, obschon unbewußt, mit verfassungsändernder Mehrheit zustande gekommen sei. Auch an den Vergleich des verbleibenden Gehalts mit einer Konkursdividende wäre zu denken (etwas in dieser Richtung RFinH. 25. März 31, RSteuerBl. S. 292f.). Solche Umwege erspart man sich, wenn man der Meinung des Textes folgt.

[1] Vgl. z. B. SächsOVG. 26. Okt. 16, Jahrb. 23 (1916) S. 332ff.

[2] Vgl. hierüber SCHOENBORN Staatensukzessionen 1913.

Erteilung eines Wandergewerbescheins, auf Aufnahme in eine Schule nur dem Antragsteller zu. Der Anspruch des Reichstagsabgeordneten auf freie Eisenbahnfahrt ist ebenfalls höchstpersönlich. Bei den jedermann zustehenden Rechten wieder, z. B. den durch Gesetz allen verliehenen Freiheitsrechten, hat die Frage der Nachfolge keinen Sinn, da der Nachfolger auch kraft Nachfolge nicht mehr Befugnisse hätte als ohne sie. Im übrigen gibt es hier, wie bei den Pflichten, die drei Formen der Nachfolge: Gesamtrechtsnachfolge, Dinglichkeit und — statt Pflichtenübernahme — rechtsgeschäftliche Übertragung, die letzte ergänzt durch den Einzelübergang kraft Gesetzes.

a) Die Gesamtrechtsnachfolge ist eine grundsätzlich bei allen vermögensrechtlichen Ansprüchen gegebene Form des Übergangs von einem Rechtsträger auf einen andern. Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten z. B. für die Nachfolge in die öffentlichen Rechte eines Verstorbenen die erbrechtlichen Vorschriften des BGB. Doch kann das Gesetz, das Landesgesetz mit gleicher Freiheit wie das Reichsgesetz, für öffentlichrechtliche Ansprüche eine davon abweichende Folgeordnung festsetzen oder wenigstens die Berechtigung zur Entgegennahme der Leistung anders regeln. So kann im Falle des Todes eines preußischen Landtagsabgeordneten die Zahlung der Aufwandsentschädigung an den Ehegatten geschehen, ohne daß dessen Erbrecht nachgewiesen zu werden braucht[1]. Auch die Reichsversicherungsordnung hat ihr eigenes Erbrecht. Ist beim Tode des Empfängers die fällige Invalidenrente noch nicht abgehoben, so sind nacheinander bezugsberechtigt der Ehegatte, die Kinder, der Vater, die Mutter, die Geschwister, wenn sie mit dem Empfänger zur Zeit seines Todes in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben (§ 1302). Ohne solche Vorschriften würde das BGB. wie bei privatrechtlichen Ansprüchen zur Anwendung kommen. Der Anspruch auf Erstattung zuviel gezahlter Steuern, auf Auszahlung der Enteignungsentschädigung z. B. geht ohne weiteres auf die bürgerlichrechtlichen Erben über. Eine Besonderheit gilt für die Nachfolge in einen stehenden, einer persönlichen Genehmigung bedürftigen Gewerbebetrieb[2]. An sich ist die einem Gewerbetreibenden nach Prüfung seiner persönlichen Eignung erteilte Genehmigung höchstpersönlich. Aus Billigkeitsgründen aber läßt das Gesetz sie über den Tod hinaus wirken. § 46 GewO. bestimmt: „Nach dem Tode eines Gewerbetreibenden darf das Gewerbe für Rechnung der Witwe während des Witwenstandes, oder, wenn minderjährige Erben vorhanden sind, für deren Rechnung durch einen nach § 45 qualifizierten Stellvertreter betrieben werden, insofern die über den Betrieb einzelner Gewerbe bestehenden besonderen Vorschriften nicht ein anderes anordnen.“ Der Stellvertreter muß nur tauglich, er muß persönlich so beschaffen sein, daß, wenn er für seine Person den Antrag auf Gewerbegenehmigung stellen würde, die Behörde den Antrag nicht aus Gründen, die in der Person des Antragstellers liegen, abweisen dürfte; aber einer Genehmigung bedarf er in der Regel[3] nicht. Auch die Witwe selbst kann bei sinngemäßer, in der Rechtsprechung anerkannter Auslegung des Gesetzes den Gewerbebetrieb fortsetzen[4]. Da sie nicht Erbin zu sein braucht, ist auch hier der Fall einer öffentlichrechtlichen Sonderregelung der Nachfolge von Todes wegen gegeben.

b) Nachfolge kraft Dinglichkeit liegt bei allen Rechten vor, die der Staat ohne Betrachtung der Person des Berechtigten mit Rücksicht auf eine Sache gewährt. So erteilt er Staurechte für bestimmte Anlagen, die gewerbepolizeiliche

---

[1] Pr. G. v. 13. Mai 27 § 5 III.

[2] Schultzenstein Persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht, VerwArch. 10 (1902) S. 113ff.

[3] Neue wichtige Ausnahme: GaststättenG. v. 28. Apr. 30 § 6.

[4] v. Landmann-Rohmer Komm. z. GewO. I[8] 1928 S. 617f.; PrOVG. 30. Jan. 13, Entsch. 64, 515ff.

Genehmigung für eine bestimmte Fabrik, die Baugenehmigung für ein bestimmtes Gebäude, er läßt bestimmte Kraftfahrzeuge zum Verkehre zu. Auch wo man der Dinglichkeit zweifelnd gegenübersteht, wie in Preußen, wird die unlösliche Verbundenheit der in Vollzug gesetzten Genehmigung mit dem Gegenstand, für den sie erteilt wurde, nicht bestritten[1]. Die Gewerbeordnung spricht die Dinglichkeit sogar ausdrücklich aus (§ 25 I). „Die Genehmigung zu einer der in den §§ 16 und 24 bezeichneten Anlagen bleibt solange in Kraft, als keine Änderung in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte vorgenommen wird, und bedarf unter dieser Voraussetzung auch dann, wenn die Anlage an einen neuen Erwerber übergeht, einer Erneuerung nicht." Nur darf man die Genehmigungen dieser Art nicht mit solchen verwechseln, die jemand persönlich, wenn auch mit Rücksicht auf ein bestimmtes Grundstück, erhält, z. B. die Genehmigung zum Betriebe einer Privat-Krankenanstalt (GewO. § 30). Hier bedarf der Erwerber des Grundstückes, wenn er das Gewerbe selbst betreiben will, einer neuen Genehmigung mit allen damit verbundenen Unannehmlichkeiten und Gefahren. Selbst die in den §§ 10 II, 48 GewO. genannten Realgewerbeberechtigungen wirken, auch wenn sie mit einem Grundstücke unzertrennlich verbunden sind, nicht in dem Maße dinglich, daß ihr Erwerber ohne weiteres das vom Veräußerer betriebene Gewerbe ausüben darf. Allerdings können nach § 48 „Realgewerbeberechtigungen . . . auf jede, nach den Vorschriften dieses Gesetzes zum Betriebe des Gewerbes befähigte Person in der Art übertragen werden, daß der Erwerber die Gewerbeberechtigung für eigene Rechnung ausüben darf". Aber das Befähigungserfordernis verlangt, daß der Erwerber auch die für den fraglichen Betrieb erforderliche polizeiliche Genehmigung erhalten hat. Der einzige unbestrittene Vorteil einer Realgewerbeberechtigung gegenüber einer gewöhnlichen Berechtigung ist der, daß in dem für den Erwerber eingeleiteten Genehmigungsverfahren die Bedürfnisfrage und unter gewissen Voraussetzungen auch die sog. Lokalfrage ausscheidet[2].

c) Auch rechtsgeschäftliche Übertragungen subjektiver öffentlicher Rechte außerhalb des Falles der Dinglichkeit kommen vor, allerdings wohl nur auf dem Gebiete der Vermögensrechte. So kann der Anspruch auf Erteilung eines Patentes ebenso übertragen werden wie das Patent selbst[3], der Anspruch auf Entschädigung für Enteignung, die Schadensforderung aus Amtshaftung, Rückzahlungsrechte des öffentlichen Rechts unterliegen ohne Bedenken der Abtretung. Nur wo der Staat dem einzelnen ein Vermögensrecht mit gewissen geschriebenen oder ungeschriebenen Auflagen erteilt, wie bei den Aufwandsentschädigungen der Abgeordneten und bei den Besoldungen der Beamten, ist es anders. Die Aufwandsentschädigung soll den Abgeordneten instandsetzen, seinen Pflichten als Abgeordneter nachzugehen, die Besoldung ist für die allermeisten Beamten die unumgängliche Voraussetzung ihrer Tätigkeit. Daher die Unübertragbarkeit des dem Reichstagsabgeordneten zustehenden Anspruchs auf Aufwandsentschädigung[4] und der Besoldungsansprüche des preußischen Beamten in Altpreußen und im Rheinland[5], eine Regelung, die das Interesse des Staates an einem wirtschaftlich sorgenfreien Beamtentum besser berücksichtigt als § 6 des Reichsbeamtengesetzes, der für den pfändbaren Teil der Beamtenbesoldung auch die Abtretung zuläßt. Ebenso hat der Staat ein Interesse daran, daß die Fürsorge für den wirtschaftlich Schwachen nicht durch unüberlegte Abtretungen der Fürsorgeansprüche geschädigt werde. Daher läßt § 119 RVO. die Abtretung der Ansprüche auf die Versicherungsleistungen der

---

[1] Vgl. z. B. Scholz Zur Lehre von der Bauerlaubnis, VerwArch. 24 (1916) S. 208ff.
[2] Vgl. v. Landmann-Rohmer a. a. O. S. 622ff.
[3] Vgl. Kisch Handbuch des deutschen Patentrechts 1923 S. 132.
[4] G. v. 15. Dez. 30 § 6.
[5] Brand Beamtenrecht[3] 1928 S. 147f., nach Appelius DJZ. 1931 Sp. 563ff. aller preußischen Beamten.

Krankenkassen, Berufsgenossenschaften und Landesversicherungsanstalten nur in engen Grenzen zu, und es ist verständlich, daß auch die Rechtsprechung ähnliche Ansprüche, wie die eines Straßenwärters an die landesrechtliche Fürsorgekasse auf Rückerstattung von Eintrittsgeldern und Beiträgen, ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung für unabtretbar erklärt[1]. Mit der rechtsgeschäftlichen Übertragung verwandt ist der Übergang kraft Gesetzes, der sich als Folge einer Rechtshandlung einstellt. Auch solche Übergänge gibt es, z. B. beim Einspringen eines Versicherungsträgers für einen andern (RVO. § 1518$^{\text{II}}$). Als ein anderes Beispiel sei die gewohnheitsrechtliche Befugnis der Frau genannt, den Titel ihres Ehemannes zu führen. Durch die Heirat geht also ein dem Manne zustehendes Recht mit auf sie über. Würde die Polizei es ihr streitig machen, so würden ihr die Verwaltungsgerichte sicher recht geben.

Die Stellvertretung im Rechte endlich ist eine abgeschwächte Form seiner Übertragung. Wo diese zulässig ist, ist es daher im Zweifel auch jene. Die Vermutung, daß es darüber hinaus weitere Stellvertretungsfälle gibt, bestätigt die Gewerbeordnung in ihrer bekannten Bestimmung über die Stellvertretung im stehenden Gewerbebetrieb (§ 45). „Die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetriebe können durch Stellvertreter ausgeübt werden; diese müssen jedoch den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen.“ Gemeint sind die Erfordernisse tatsächlicher Art; einer besonderen Genehmigung bedarf der Stellvertreter neuerdings im Gaststättenwesen, sonst im allgemeinen nicht. Doch muß es sich um eine wirkliche Stellvertretung handeln und darf keine verschleierte Übertragung sein, namentlich muß das Unternehmen auf Rechnung des Vertretenen gehen. Der Pächter eines Theaters ist daher kein Stellvertreter, sondern ein selbständiger Gewerbetreibender, der einer auf seinen Namen lautenden gewerblichen Erlaubnis bedarf[2]. Die naheliegende Frage, ob sich beim Mangel ausdrücklicher Vorschriften die Stellvertretung auf die Fälle der Übertragbarkeit beschränkt, muß, ähnlich wie im Privatrecht, verneint werden. Schon die Tatsache, daß vermögensrechtliche Ansprüche, auch unabtretbare, unter Umständen vor Gericht geltend zu machen sind, beweist mit Rücksicht auf die Zulässigkeit oder gar Notwendigkeit der Prozeßvertretung, daß bei vermögensrechtlichen Ansprüchen die Zulässigkeit der Stellvertretung das Gegebene ist. Ganz allgemein ist die Frage dahin zu stellen, ob es für das Gesetz wohl einen einleuchtenden Grund geben kann, in diesem oder in jenem Falle die Stellvertretung zu verbieten; bei Verneinung der Frage ist die Stellvertretung zulässig. Die Art der Bestellung eines Stellvertreters richtet sich nach dem BGB., wenn nicht unmittelbar, so doch in dessen sinngemäßer Anwendung.

**7. Verzicht auf öffentliche Rechte.** Unter Verzicht versteht die Rechtssprache die einseitige Aufgabe eines Rechts durch Willenserklärung des Berechtigten[3]. Doch kann man in weiterem Sinne auch die zweiseitige oder zustimmungsbedingte Aufgabe eines Rechts zum Verzichte rechnen. Ob letztes zulässig ist, hängt mit der Frage der Möglichkeit von Verträgen und zweiseitigen Verwaltungsakten im öffentlichen Rechte zusammen, eine Frage, auf die noch zurückzukommen sein wird (§ 11 II 2). Hier sei nur der Verzicht im engeren Sinne, der einseitige Verzicht, betrachtet, zumal er im öffentlichen Rechte nach dessen ganzer Eigenart vorherrscht[4].

Einem Verzicht des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt auf Rechte, die das Stadium des Rechtszustandes überschritten haben, steht grundsätzlich nichts im Wege. So kann der Staat auf die ihm gegen einen bestimm-

[1] HessVGH. 7. Mai 21, Entsch. 5, 115ff.
[2] Vgl. v. Landmann-Rohmer, a. a. O. S. 610.
[3] Vgl. z. B. Reichswahlges. v. 27. April 20/6. März 24 § 5$^{\text{II}}$.
[4] RG. III 13. März 23, JW. 1923 S. 988 (Verzicht auf Rückgriffsrecht).

ten Beamten erwachsenen Disziplinarbefugnisse durch Verzeihung verzichten, ebenso die Polizeibehörde auf die Befolgung eines von ihr erlassenen Befehls dadurch, daß sie den Befehl zurücknimmt oder von seiner Befolgung für gewisse Fälle entbindet. Die Begnadigung ist nach herrschender Ansicht der Verzicht des Staates auf den ihm erwachsenen Strafanspruch[1]. Vor allem gibt es Verzichte im Abgabenrecht. § $108^1$ AO. ermächtigt den Reichsfinanzminister ganz allgemein zum Erlasse von Steuern aus Billigkeitsgründen, auch die Rechtsprechung des preußischen OVG. hat den Grundsatz entwickelt, daß öffentliche Verbände auf einzelne bereits entstandene oder doch in der Entstehung nahe bevorstehende Abgaben verzichten können[2]. Allerdings können dem Verzicht auf öffentliche Abgaben Vorschriften über Gleichmäßigkeit der Besteuerung und solche der Haushaltsordnungen im Wege stehen[3], jedoch nicht in dem Sinne, daß der vorschriftswidrig ausgesprochene Verzicht nichtig wäre.

Für Verzichte des einzelnen auf ihm zustehende öffentliche Rechte liegt die Frage der Zulässigkeit etwas schwieriger, da der einzelne als der im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt schwächere vor übereilten Entschließungen auch hier geschützt werden muß. Daß man grundsätzlich nicht auf noch gar nicht entstandene Rechte verzichten kann, ist uns bereits bekannt (oben S. 192). Gewisse Rechte ferner sind vom Gesetze so unbedingt gewollt, daß auch die Einwilligung des Betroffenen an der Unzulässigkeit eines Eingriffs nichts ändert. So kann ein Deutscher auch mit seiner Einwilligung nicht ausgeliefert oder wegen einer zur Zeit der Tat noch nicht unter Strafe gestellten Handlung bestraft werden, weil auch die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, daß derartiges nicht geschieht. Ebenso mag es ein subjektives Recht des einzelnen sein, daß gewisse ihm nachteilige Verfügungen nach der Tat- und der Rechtsseite begründet werden; da aber der Zweck einer solchen Bestimmung gerade der ist, den einzelnen vor behördlichen Mißgriffen zu schützen, so ist sie unverzichtbar[4]. Bei andern Rechten steht vielleicht an sich der Verzichtbarkeit nichts im Wege, doch fehlen Vorschriften über die zur Entgegennahme des Verzichts zuständige Behörde, ein Umstand, der auch hier den Verzicht als unzulässig erscheinen läßt; aus diesem Grunde versagt das preußische OVG. dem Verzicht des Eigenjagdberechtigten auf sein Recht die Anerkennung[5].

Sucht man über solche Einzelfälle hinaus nach allgemeinen Regeln, so findet man, vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen, folgendes: Unverzichtbar sind die Rechte, zu deren Ausübung der Berechtigte verpflichtet ist. Die Mitwirkungsrechte haben samt und sonders diese Eigentümlichkeit. Beim Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und sonstigen Verbände ist es ohne weiteres klar. Aber auch das Gemeindewahlrecht des einzelnen, selbst wenn es nicht ausdrücklich als Wahlpflicht bezeichnet wird, ist zugleich Pflicht, da die Gemeindevertretung nach dem Gesetze gewählt werden muß, aber, um nur einen Grenzfall zu nehmen, nicht gewählt werden kann, wenn sich niemand an der Wahl beteiligt. Daher war auch der Verzicht des meistbegüterten Grundeigentümers auf die ihm durch die rheinische Gemeindeordnung beigelegte Eigenschaft als sog. geborenes Mitglied des Gemeinderats unzulässig oder ist es der Verzicht der Stimmberechtigten einer hannoverschen Landgemeinde auf vorherige Bekanntmachung der geplanten Gemeindeversammlung[6]. Dagegen sind verzichtbar alle übertragbaren Rechte. Denn der Verzicht ist bei Forderungsrechten,

[1] Vgl. v. LISZT-E. SCHMIDT Lehrb. d. deutsch. Strafrechts[25] 1927 § 75. Über Zuständigkeitsfragen bei gemeindlichen Strafbescheiden SCHÄFER RVerwBl. 50 (1929) S. 741ff.

[2] PrOVG. 1. Mai 14, Entsch. 67, 277ff.; weitere Nachweise bei PrOVG. 19. Nov. 08, Entsch. 53, 120f.

[3] Z. B. RHaushO. § 54.

[4] KG. 31. Okt. 25, PrVerwBl. 47 (1926) S. 260.

[5] PrOVG. 22. Dez. 21, Entsch. 77, 397ff.

[6] PrOVG. 20. Nov. 13 u. 3. Juni 15, Entsch. 66, 95ff. u. 69, 164ff. Vgl. auch PrOVG. 7. Nov. 29, Entsch. 85, 290.

wirtschaftlich gesehen, nichts anderes als die Übertragung des Rechts auf den Schuldner. Allerdings muß das Recht ein völlig entstandenes Recht sein, kein bloß zukünftiges. Der Beamte kann demgemäß z. B. jedenfalls auf den übertragbaren Teil des erdienten Gehalts verzichten, der Reichsbeamte also auf den pfändbaren Teil. Darüber hinaus muß aber dem Beamten auch freistehen, auf das ganze erdiente Gehalt zu verzichten, wobei die Frage offen bleiben soll, ob hierzu oder zum Verzicht auf den übertragbaren Teil des Gehalts die Zustimmung des Staates nötig ist oder nicht. Denn da der Beamte das erdiente Gehalt bar verschenken kann, ist kein Grund für ein Verbot des Verzichts zu sehen. Erdient ist das Gehalt allerdings erst nach Ablauf der Zeit, für die es im voraus gezahlt wurde[1]. Auf Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung kann der Beamte, solange er im Dienste ist, nicht verzichten, denn diese Rechte sind für ihn noch nicht voll entstandene Rechte. Da er aber das Recht hat, aus dem Dienstverhältnis ganz auszuscheiden, hat er als Ruhegehaltsempfänger das Recht, diesen Rest seiner Beziehungen zum Staate nachträglich durch Verzicht aufzugeben[2]. § 100 des Reichsbeamtengesetzes setzt es denn als selbstverständlich voraus, daß ein Reichsbeamter um seine Entlassung aus dem Reichsdienste „mit Verzicht auf Titel, Gehalt und Pensionsanspruch" nachsuchen kann. Das einzige, was man gegen die Möglichkeit eines Verzichts auf den entstandenen Ruhegehaltsanspruch anführen könnte, wäre, daß der Verzichtende damit einen Druck auf andere ausüben kann, seinem Beispiel zu folgen. Aber wo das Gesetz einen solchen Druck befürchtet, verbietet es den Verzicht ausdrücklich, so bei der Aufwandsentschädigung des Reichstagsabgeordneten. Verzichtbar sind ferner die durch Antrag entstandenen Rechte auf behördliche Tätigkeit. Wer frei ist, einen Antrag auf eine bau-, feuer-, wasser-, gewerbepolizeiliche Genehmigung, auf Entlassung aus dem Staatsverbande oder dem Staatsdienst zu stellen, kann, jedenfalls solange nichts erfolgt ist, den Antrag zurückziehen und damit das bereits entstandene Recht auf behördliche Tätigkeit zum Erlöschen bringen. Verzichtbar sind weiter im Zweifel die Rechte, die durch Untätigkeit während einer gewissen Zeit verloren gehen. So wie man nie bezweifelt hat, daß der Reichsrat vor Ablauf der Einspruchsfrist beschließen kann, gegen die vom Reichstag beschlossenen Gesetze keinen Einspruch zu erheben, so wie der Rechtsmittelverzicht[3] dem Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist gleichkommt, so gibt es auch rechtsgültige Verzichte auf die durch Nichtgebrauch erlöschenden Gewerbegenehmigungen (GewO. § 49). Die Gewerbeordnung nennt zwar die Möglichkeit eines Verzichts nicht ausdrücklich, aber man nimmt sie ziemlich allgemein an[4]. Sinngemäß besteht die Verzichtbarkeit auch bei den nicht befristeten Gewerbegenehmigungen, sofern sie wirkliche Genehmigungen sind und nicht lediglich Befähigungsnachweise. Denn man würde nicht verstehen, daß zwar der Schauspielunternehmer (§ 32) auf seine Genehmigung soll verzichten können, nicht aber der Pfandleiher und Pfandvermittler (§ 34), die den Beginn ihrer Tätigkeit beliebig weit hinausschieben können. Endlich sind Ehrungen verzichtbar. Es gehört mit zu den Persönlichkeitsrechten, nicht gezwungen zu sein, dauernd eine nicht genehme Ehrung mit sich herumzutragen. So können also der Ehrenbürger, der Ehrendoktor, der Kommerzienrat auf die ihnen verliehenen Ehren rechtsgültig verzichten. Der durch Prüfung erworbene Doktorgrad dagegen ist unverzichtbar, denn er enthält

[1] SächsOVG. 29. Dez. 20, Jahrb. 26, 64ff., steht nicht entgegen, da hier der Verzicht wesentliche Bedingung für die Anstellung war.

[2] Vgl. Dr. Schmidt im PrVerwBl. 42 (1921) S. 32f. (Versorgungsgebührnisse).

[3] Über ihn Schultzenstein im PrVerwBl. 37 (1916) S. 129ff., 161ff.; WürttVGH. 24. Juni 25, WüRV. 18 (1925) S. 192ff.

[4] Vgl. v. Landmann-Rohmer a. a. O. S. 633ff.; HessVGH. 25. Jan. 13, HessZ. 38 (1913/14) S. 21f.; LVG. Schwerin 16. Dez. 27, MecklZ. 44 (1928) Sp. 353ff. Vgl. ferner die am Kopfe des Paragraphen genannten Schriften.

den Befähigungsnachweis für seinen Träger, nach Erfüllung weiterer Voraussetzungen sich habilitieren zu können. Fähigkeitsverleihungen aber galten von jeher als unzerstörbar[1].

Weitere allgemeine Sätze über den Verzicht lassen sich kaum aufstellen. Ist aber der Verzicht einmal gültig und unzweideutig[2] ausgesprochen worden, dann bindet er den Verzichtenden. Eine Rücknahme des Verzichtes gibt es nicht.

## § 10. Die rechtserheblichen Tatsachen.

Fleiner S. 180f.; Loening S. 397f., 652ff.; G. Meyer-Dochow S. 246, 391ff., 396ff.; Kormann in AnnDR. 1911 S. 911f., 1912 S. 120ff.; Friedrichs Der Allgemeine Teil des Rechts 1927 S. 196ff., 212ff., 231ff.; Gerber S. 37ff., 49ff.; WürttVRO. S. 315ff., 318ff., 125ff.

Friedrichs Die Zeit im Steuerrecht, VJSchrSteuFinR. 4 (1930) S. 654ff. — Nass Das Recht der Feiertagsheiligung 1929; A. Hofmann Die Karfreitagsfeier, BayVerwBl. 76 (1928) S. 49ff.; G. Mayer (Württ.) VO. ü. d. poliz. Schutz d. Sonn-, Fest- und Feiertage 1929. — Kormann Art. „Verjährung" im WStVR. III; Holtzmann Die Verjährung im öffentlichen Recht, BadVerwZ. 1900 S. 193ff., 205ff., 213ff., 225ff.; Schultzenstein Verjährung sowie Fristen und Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 17 (1909) S. 1ff.; derselbe Polizeipflicht und Zeitablauf, DJZ. 1914 Sp. 17ff.; derselbe Die Widmung zum öffentlichen Wege, VerwArch. 28 (1921) S. 179ff.; Knauth Der Beweis der Öffentlichkeit bei alten Wegen, VerwArch. 30 (1925) S. 465ff.; O. Stölzel Zum Beweise der Staatsangehörigkeit, RVerwBl. 49 (1928) S. 745ff. — Lusensky Art. „Maß und Gewicht" im WStVR. II; Plato Maß- und Gewichtsordnung 1912; Blind Maß-, Münz- und Gewichtswesen² 1923. Kollmann Das Recht der Landesmessung in Bayern 1923; Wiener Die Gesetzgebung über Katastervermessung in Baden 1903. — Knapp Staatliche Theorie des Geldes³ 1921; Bendixen Das Wesen des Geldes³ 1922; Nussbaum Das Geld 1925; H. Gerber Geld und Staat 1926; Schacht Die Stabilisierung der Mark 1927. — Koch-Schacht Die Reichsgesetzgebung über Münz- und Notenbankwesen⁷ 1926; Neufeld Bankgesetz und Privatnotenbankgesetz 1925. — Kohlschmidt Die Aufwertung öffentlichrechtlicher Ansprüche, Frankf. Diss. 1928. Über Aufwertung der Enteignungsentschädigung Benkard JW. 1924 S. 1904f., Gordan JW. 1925 S. 2663ff., 1929 S. 166f., Levin JW. 1927 S. 945ff., Tietz und Genest JW. 1928 S. 456ff., 2809ff.; über Aufwertung der Anliegerbeiträge Seydel PrVerwBl. 47 (1926) S. 548ff., Guillaume PrVerwBl. 48 (1927) S. 25f., Loewe RVerwBl. 49 (1928) S. 375ff., Felsch DWohnArch. 6 (1931) Sp. 57ff.; über Aufwertung im Beamtenrecht Giese ArchÖffR. N. F. 6 (1924) S. 28ff., Reinhold JW. 1925 S. 215, Prost ebenda S. 1367f., Baring FischersZ. 59 (1926) S. 208ff., Emig ZBeamtR. 1 (1929) S. 230ff.; über die Aufwertung der kommunalen Kriegswohlfahrtsausgaben RGes. v. 12. Febr. 1931; über sonstige Aufwertungsfragen Specovius, Josef und Friedrichs im PrVerwBl. 46 (1925) S. 91f., 181f., 575f., Dömel in ThürRdsch. 5 (1928) S. 170ff. — Albers Bestandteil und Zubehör im deutschen Verwaltungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gewerbeordnung, Kieler Diss. 1923; E. Schmid Die rechtliche Stellung der Bahnhofsgewerbe, AnnDR. 1910 S. 518ff. — Über Aufrechnung im öffentlichen Recht Josef VerwArch. 22 (1914) S. 369ff., derselbe PrVerwBl. 42 (1921) S. 88f., derselbe BadVerwZ. 1922 S. 89ff., Behr DJZ. 1916 Sp. 772ff., Hartmann VerwArch. 25 (1917) S. 389ff., Heine Gruch. 62 (1918) S. 212ff., Hoheisel PrVerwBl. 40 (1919) S. 570, Friedrichs Verwaltungsrechtspflege I 1920 S. 268ff., Lang JW. 1921 S. 549ff., Mallachow VerwArch. 28 (1921) S. 279ff., Graupner FischersZ. 65 (1930) S. 333ff., staatl. Ansprüche an den Beamten gegen Versorgungsansprüche der Hinterbliebenen). — Lassar Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht 1921; Reimann Der Erstattungsanspruch aus Rechtsgründen im Reichssteuerrecht, VJSchrSteuFinR. 2 (1928) S. 355ff.; Feldmann Der Erstattungsanspruch des Staates gegen die Beamten, Jen. Diss. 1929; A. Schühly Rückersatz empfangener Fürsorgeleistungen, BadVerwZ. 1929 S. 65ff., 83ff. — Bürger Die Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft im Verwaltungsrecht 1927.

Mit den rechtserheblichen Tatsachen schließt sich der beim Rechtssatz beginnende Kreis. Der Rechtssatz ordnet Rechtsverhältnisse zwischen Rechtsträgern für den Fall, daß gewisse Tatsachen eintreten. Vom Rechtssatz, den Rechtsträgern

[1] Die vielumstrittene (vgl. Ziegler in BlAdmPr. 64, 1914, S. 34ff.) Bestimmung des § 55 II der bayerischen VO. über die Vorbedingungen für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst v. 4. Juli 99/18. Okt. 10, wonach der sog. „Dreier-Jurist", um die zweite Staatsprüfung wiederholen zu können, auf das frühere Prüfungsergebnis ausdrücklich verzichten mußte, gilt nicht mehr.

[2] Daß der Verzicht in Zweifelsfällen nicht zu vermuten ist, betonen zutreffend für das Beamtenrecht RG. III 17. Okt. 30, HöchstRRspr. 1931 Nr. 243 und ThürOVG. 28. Jan. 31, ThürRdsch. 8 (1931) Sp. 405ff.

und den Rechtsverhältnissen ist das Notwendige gesagt. Es bleiben also nur noch die Tatsachen, deren Verwirklichung Einfluß auf die Rechtsträger und die zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse ausübt. Für das Verwaltungsrecht überragt alle übrigen Tatsachen an Bedeutung der Verwaltungsakt. Er sei daher bis zuletzt aufgespart. Daneben gibt es noch mancherlei anderes für das Verwaltungsrecht Bedeutsame. Als Wirklichkeiten aber spielen sich die Tatsachen notwendig in den beiden Voraussetzungen aller Wirklichkeiten ab: in Zeit und Raum. Von ihnen sei zunächst die Rede.

## I. Die Zeit.

Die Zeit hat gegenüber dem Raume die Eigentümlichkeit voraus, daß sie schon für sich betrachtet, ohne andern Inhalt, allein durch ihren Ablauf[1] Rechtsfolgen nach sich zieht. Der Staat wird daher schon aus diesem Grunde für eine einheitliche Zeitmessung Sorge tragen.

**1. Zeitbestimmung und Zeitberechnung.** Die Zeitbestimmung gibt Antwort auf die Fragen: welches Jahr, welchen Monat, welchen Tag, welche Stunde haben wir jetzt? Für die ersten drei Fragen verweist der Staat einfach auf den Kalender Gregors XIII. Ohne Zustimmung des Papstes wird es auch kaum möglich sein, den Gregorianischen Kalender für die ganze Erde durch einen besseren, das Osterfest und die von ihm abhängigen Feste auf einen bestimmten Tag legenden zu ersetzen. Bestrebungen in dieser Richtung sind im Gange. Dagegen hat das Reich die Uhrzeit durch Gesetz vom 12. März 1893 geregelt. Danach ist die gesetzliche Zeit in Deutschland die mittlere Sonnenzeit des fünfzehnten Längengrades östlich von Greenwich, also der Linie Stargard-Görlitz, die mittlere Sonnenzeit und nicht einfach die Zeit der Sonnenuhr, weil die Sonnentage wegen der elliptischen Form der Jahresbahn der Erde ungleich lang sind. Diese sogenannte mitteleuropäische Zeit hat namentlich für die westlichen Gebiete den Nachteil eines starken Auseinanderfallens zwischen ihr und der Ortszeit, in Aachen z. B. beträgt der Unterschied etwa 36 Minuten. Daher gestattet ein Reichsgesetz vom 31. Juli 1895 der höheren Verwaltungsbehörde, wegen der Zeitbestimmungen im Titel VII der GewO. (Arbeiterschutz) für einzelne Betriebe oder Betriebsteile Abweichungen von der gesetzlichen Zeit bis zu einer halben Stunde zuzulassen, wenn der Unterschied zwischen der gesetzlichen Zeit und der Ortszeit mehr als eine Viertelstunde beträgt. Das Kinderschutzgesetz vom 30. März 1903 enthält eine ähnliche Bestimmung (§ 19). Solche Festlegung der Uhrzeit durch Gesetz macht die Einführung der sog. Sommerzeit mittels einfacher, nicht gesetzesvertretender Verordnung unmöglich, und es bleibt der Sitte überlassen, ob man für die gesetzlich nicht geregelten Verhältnisse die Uhr im Sommer um eine Stunde vorrücken will oder nicht. Auch die Anordnung der Vierundzwanzigstundenzählung ist ohne gesetzliche Grundlage nur für den Bereich einer Dienst- oder Anstaltsgewalt zulässig[2]. Um die Bedeutung der Glockenzeichen der großen Uhren kümmert sich das Gesetz ebenfalls nicht, doch überwiegt der Uhrmacherbrauch, den Beginn und nicht das Ende des Glockenschlags auf die volle Stunde zu legen, so sehr, daß sich der Gewerbetreibende strafbar macht, wenn er den Laden erst mit dem letzten Glockenschlage sieben Uhr abends[3] schließt statt mit dem ersten. Ebenso zeigen die elektrischen Minutenuhren nur die vollendeten Minuten an. Die Frage der Ermittelung der richtigen Zeit regelt kein Gesetz, man ist hier auf die Auskunft der Sternwarten angewiesen. Eine Reichsuhr, die in maßgeblicher Weise die Zeit für das ganze Reich angibt,

---

[1] Dies ist jedenfalls die unbefangene Anschauungsweise des Juristen, an der er auch trotz der an sich zutreffenden kritisch-philosophischen Bemerkung GERBERS, S. 49, festhalten wird.

[2] Vgl. z. B. RdErl. d. pr. M. d. I. v. 15. Juli 27, MinBliV. 1927 Sp. 711f.

[3] VO. v. 18. März 19 § 9.

ist noch nicht vorhanden. Allerdings hat die Pendeluhr der Sternwarte in Bergedorf, wenn nicht rechtlich, so doch tatsächlich nahezu die Bedeutung einer Reichsuhr[1].

Die Zeitbestimmung ist die Grundlage für die Zeitberechnung, d. h. die Berechnung des Anfangs und des Endes einer Frist und des Zeitpunkts eines Termins. Einige Gesetze des öffentlichen Rechts verweisen einfach auf das BGB. (§§ 186ff.), so § 64 AO. für das Steuerrecht. Andere, wie die RVO., die möglichst volkstümlich gefaßt ist und daher Verweisungen vermeidet, bringt die Vorschriften des BGB. fast wörtlich wieder (§§ 124ff.). Aber auch wo die Gesetze schweigen, gilt das BGB. sinngemäß, da nur so die bei der Gesetzesanwendung immer als Ziel vorschwebende Einhelligkeit der Entscheidung erreicht wird (vgl. S. 153)[2].

**2. Die Tages- und Jahreszeiten** sind insofern verwaltungsrechtlich bedeutsam, als der einzelne in der Nachtzeit größeren Schutz genießt als am Tage, Schutz gegenüber der Allgemeinheit, dem Arbeitgeber und der öffentlichen Gewalt. So schützen unsere gegen Geräusche überaus duldsamen Gerichte (S. 135) wenigstens die Nachtruhe des einzelnen. Die Gewerbeordnung, das Kinderschutzgesetz, gewerberechtliche Nebengesetze enthalten Verbote der Nachtarbeit. Vor allem aber ist der einzelne in seinem Heime zur Nachtzeit vor polizeilichen Eingriffen sicherer als am Tage. Nach § 8 des preußischen Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850 ist das Eindringen in die Wohnung während der Nachtzeit verboten. Nur ganz bestimmte Ausnahmen sind zugelassen. Die Nachtzeit im Sinne der Vorschrift umfaßt für die Zeit von 1. Oktober bis 31. März die Stunden von 6 Uhr abends bis 6 Uhr morgens und für die Zeit von 1. April bis 30. September die Stunden von 9 Uhr abends bis 4 Uhr morgens. Seit Inkrafttreten der Strafprozeßordnung gilt das preußische Gesetz nicht mehr für die Durchsuchung einer Wohnung zwecks Ermittlung eines Verbrechens oder Ergreifung des Verbrechers, sondern in der Hauptsache für das rein polizeiliche Einschreiten, z. B. für die Überwachung einer unter Polizeiaufsicht stehenden Person, die Festnahme eines auszuweisenden Ausländers, die Verbringung eines gefährlichen Menschen in Schutzhaft. Man muß dies betonen, da die Nachtzeit der StPO. im Winter kürzer ist als nach preußischem Recht, nämlich von neun Uhr (nicht sechs Uhr) abends bis sechs Uhr morgens reicht (StPO. § $104^{\mathrm{III}}$)[3].

Die Jahreszeiten können noch Bedeutung für Zuständigkeitsregelungen und Erlaubniserteilungen haben. So kann in Bädern die Ortsverwaltung für die Bade-Saison einem bestimmten Beamten übertragen sein, ausländischen Arbeitern pflegt die Beschäftigungserlaubnis nur für die gute Jahreszeit gegeben zu werden. Wird einem Gastwirt die Gewerbeerlaubnis nur für den Betrieb einer Sommerwirtschaft erteilt, da für eine Winterwirtschaft kein Bedürfnis anzuerkennen sei, so liegt hierin eine dauernde, wenn auch mit einer Einschränkung versehene Genehmigung, keine nach § $40^{\mathrm{I}}$ GewO. unzulässige Genehmigung „auf Zeit". Seltsamerweise bedurfte es zur Feststellung dieser Selbstverständlichkeit erst eines verwaltungsgerichtlichen Urteils[4].

**3. Sonn- und Feiertage.** Nach RV. Art. 139 bleiben der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt. Unbedingt geschützt ist also nur der Sonntag, die Bestimmung der übrigen Feiertage ist der einfachen Gesetzgebung überlassen. Hierbei liegt der Schwerpunkt der Zuständigkeit bei den Ländern, aber auch das Reich darf Bestimmungen treffen, soweit sie Zubehör eines von ihm zuständigerweise erlassenen anderen Gesetzes sind, z. B. der Gewerbeordnung, oder soweit sie sich im Rahmen seiner ungeschriebenen Hoheit zur Regelung seiner eigenen Wahrzeichen bewegen.

---

[1] Nautisches Jahrbuch für das Jahr 1931 S. 206f., 210f.

[2] Vgl. OLG. Dresden 19. März 30, FischersZ. 65 (1930) S. 259f. (Altersgrenze der Vollendung des 65. Lebensjahres). [3] PolG. 1931 § $16^{\mathrm{III}}$ beseitigt diesen Mangel.

[4] PrOVG. 10. Okt. 77, Entsch. 3, 245ff.

Wie das Reich sein eigenes Wappen bestimmen kann, ohne besondere Grundlage, so könnte es auch ein Gesetz über einen deutschen Nationalfeiertag erlassen. Vorerst sind die einzigen von Reichs wegen und auch nur für das Gewerberecht anerkannten Feiertage das Weihnachts-, Oster- und Pfingstfest (GewO. § 105b$^{I}$), im übrigen haben die Länder freie Hand.

Als Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers bedarf die Bestimmung eines Tages zum Feiertag der Gesetzesform oder wenigstens der gesetzlichen Grundlage. Zur Bestimmung der „Festtage" im Sinne der GewO. ermächtigt diese im § 105a$^{II}$ die Landesregierungen unmittelbar. Als Reichspräsident EBERT starb, mußte sich das preußische Staatsministerium auf RV. Art. 48$^{IV}$ berufen, um für vier Tage öffentliche Musik, öffentliche Lustbarkeiten und Schauspielveranstaltungen verbieten zu können[1]. Preußen ist überhaupt sparsam mit der Regelung der äußeren Heilighaltung der Sonn- und Festtage durch Gesetz; es gibt nur eine KabO. vom 7. Februar 1837 und ein Gesetz vom 9. Mai 1892, auf Grund deren der Oberpräsident und der Regierungspräsident Polizeiverordnungen über die äußere Heilighaltung der Sonn- und Festtage erlassen können. Die Verordnung kann auch bestimmen, welche Tage Festtage sein sollen, doch mit der stillschweigenden Einschränkung, daß sich der Verordnende auf eine Auswahl unter den christlichen Festtagen beschränkt und auf das Stärkeverhältnis der Katholiken und Protestanten Rücksicht nimmt. Es steht sogar nichts im Wege, daß ein Landesgesetz einfach auf die kirchliche Regelung des Feiertagwesens verweist und die kirchlichen Feiertage zugleich weltliche Feiertage sein läßt. Ganz frei von der Kirche macht sich der Staat nur beim politischen Feiertag. Nach der Revolution haben einige Länder den 1. Mai oder den 9. November oder beide Tage zu Feiertagen erklärt. Sobald eine bürgerliche Mehrheit in den Landtag kam, beseitigte sie diese ihr verhaßten Feiertage, eine sozialistische Mehrheit führte den einen oder den andern wieder ein. Das Reich hat durch Gesetz vom 17. April 1919 die Einführung eines allgemeinen Feiertags verheißen, „der dem Gedanken des Weltfriedens, des Völkerbundes und des internationalen Arbeiterschutzes geweiht ist und für den der Charakter eines Weltfeiertags erstrebt wird". Für 1919 bestimmte das Gesetz den 1. Mai als diesen Feiertag. Doch blieb es dabei. Bis heute harrt die Verheißung der Erfüllung. Wo es an derartigen Gesetzen oder gesetzlichen Ermächtigungen fehlt, kann die Regierung nur kraft besonderer Gewaltverhältnisse Feiern anordnen, so kraft der Anstaltsgewalt in den Schulen, kraft der Dienstgewalt für die Behörden und Beamten. Der Tag der Verkündung der Weimarer Verfassung, der 11. August, pflegt zur Zeit nur auf Grund dienstlicher Anordnung gefeiert zu werden, nur in Baden und Hessen ist er gesetzlicher Feiertag[2].

Die landesrechtliche Regelung hat eine ziemliche Buntheit der Vorschriften über die Feiertage zur Folge[3]. Aber nicht einmal innerhalb eines Landes selbst sind die Vorschriften einheitlich, und auch dies nicht etwa nur in räumlicher Beziehung mit Rücksicht auf die Verteilung der Bekenntnisse im Lande, sondern auch in Beziehung auf verschiedene Lebensverhältnisse nicht. Namentlich muß man sich vor dem naheliegenden Irrtum hüten, die Feiertage der landesrechtlichen Vorschriften über die äußere Heilighaltung der Feiertage seien notwendig auch „Festtage" im Sinne der GewO. oder „allgemeine Feiertage" im Sinne des BGB. oder der ZPO. So ist der Gründonnerstag in Schleswig-Holstein neben dem Neujahrstag, Karfreitag, Ostermontag, Himmelfahrtstag, Pfingstmontag, Bußtag und den beiden Weihnachtstagen ein Feiertag im Sinne der Polizeiverordnung des Oberpräsidenten über die äußere Heilighaltung der Sonn- und Feiertage vom 20. Februar 1896, aber in Altona und Wandsbek und in einigen Landgemeinden kein „Festtag"

[1] VO. v. 28. Febr. 25, GS. S. 13.
[2] Bad. VO. v. 21. Juli 23, GVBl. S. 177; Hess.G. v. 20. Juni 29, RegBl. S. 145.
[3] Vgl. den Überblick bei KAISENBERG in NIPPERDEY II S. 440ff.

im Sinne der §§ 105aff. der GewO. Auch im Sinne des BGB. und der ZPO. ist er in Preußen kein „allgemeiner Feiertag"[1]. Württemberg unterscheidet daher in glücklicher Prägung eine polizeiliche und eine bürgerliche Sonntagsordnung[2].

Die Rechtserheblichkeit der Tatsache, daß ein Sonn- oder Feiertag angebrochen ist, zeigt sich im Wirksamwerden gewisser Einschränkungen störender Tätigkeiten. Nach dem sächsischen Gesetz über Sonntagsruhe vom 24. Dezember 1921 z. B. sind an Sonn- und Festtagen mit einigen Ausnahmen jede gewerbliche Arbeit und jede landwirtschaftliche Arbeit außerhalb der landwirtschaftlichen Gehöfte verboten, andere Arbeiten, z. B. Hausarbeit, dann, wenn sie ein Dritte störendes Geräusch verursachen. Nach Ablauf der Polizeistunde des Vortages, mindestens aber von 2 bis 11 Uhr vormittags, sind alle die Nachbarschaft störenden Lustbarkeiten, Schaustellungen, sowie unter der gleichen Voraussetzung alles Singen und Musizieren unzulässig. Besondere Vorschriften schützen den Gottesdienst. Eine Verordnung über „geschlossene Zeiten" vom 16. Februar 1926 verbietet überdies an besonders ernsten Sonn- und Festtagen, an gewissen hohen Festtagen oder den Vorabenden vor ihnen: öffentliche und private Tanzveranstaltungen, öffentliche Musikdarbietungen außer ernster Musik und öffentliche geräuschvolle Vergnügungen, endlich theatralische und kinematographische Vorstellungen, die nicht dem Ernste des Tages entsprechen, wie die Aufführung von Possen, Schwänken und Revuen. Diese sächsischen Bestimmungen veranschaulichen im großen und ganzen den in Deutschland herrschenden Rechtszustand. Hingegen ist es wohl eine sächsische Eigentümlichkeit[3], daß es dort für das ganze Land gültige „regelmäßige Tanztage" gibt, d. h. Tage, an denen öffentliche Tanzvergnügungen ohne ortspolizeiliche Erlaubnis[4] gestattet sind, so die gesetzlichen Sonn- und Feiertage (mit Ausnahme des Palmsonntags, des Karfreitags, des Bußtags, des Totenfestsonntags und des 24. Dezember), den Fastnachtsdienstag, den Montag des Kirchweihfestes, soweit eine zweitägige Feier herkömmlich ist. Von diesen Tagen hatte vor dem Kriege der Fastnachtsdienstag in ganz Deutschland kraft ungeschriebenen Rechtes die Bedeutung einer Erlaubnis zur Narrenfreiheit. Was unter gewöhnlichen Umständen strafbarer grober Unfug gewesen wäre, war am Fastnachtsdienstag geduldet, namentlich durfte man sich maskiert auf der Straße sehen lassen. Mit dem Kriege haben sich die Anschauungen gewandelt und mit ihnen die Erlaubtheit des Karnevaltreibens in der Öffentlichkeit. In einigen Gegenden wurden Karnevals-Veranstaltungen unter freiem Himmel durch Rechtsverordnungen verboten[5]. Aber auch ohne solch grobes Geschütz konnte die Polizei einfach in den Tageszeitungen bekanntgeben, daß sie Maskeraden auf der Straße nicht dulden werde. Denn schon die veränderten Zeitverhältnisse hatten einen Zustand, der früher ordnungsmäßig war, zu einem polizeiwidrigen gemacht.

**4. Rechtsbegründende und rechtsvernichtende Fristen** gibt es im Verwaltungsrecht ebenso wie im Privatrecht.

a) Eine rechtsbegründende Frist ist z. B. die für die Ruhegehaltsberechtigung des Beamten erforderliche Dienstzeit oder die Wartezeit der Invaliden- und Angestelltenversicherung. Früher war der einjährige zum Erwerb des Unterstützungswohnsitzes führende Aufenthalt in einer Gemeinde eine rechtsbegründende Frist, „Recht" allerdings, da der Arme keinen Anspruch auf Unterstützung hat, hier nicht im Sinne von „Berechtigung" genommen, anders als beim Erwerbe des Bürger-

---

[1] Koch ALR. I⁸ 1884 S. 133. [2] VOen. v. 15. Dez. 28.

[3] Ähnlich old. Bek. v. 31. Mai 26 § 9.

[4] Über das Tanzwesen Wolzendorff Art. „Tanzlustbarkeiten" im WStVR. III; Krüger FischersZ. 39 (1911) S. 1ff.; Delius RVerwBl. 50 (1929) S. 838ff.; Wilhelm „Verwaltungspraxis" 3 (1929) S. 59ff.; Rudolph ThürRdsch. 8 (1930) Sp. 167ff.

[5] VO. d. brem. Senats v. 18. Dez. 24. Allgemeine Grundlage für solche Verordnungen Notgesetz d. Reichs v. 24. Febr. 1923 Art. II § 1.

rechts in einer Gemeinde durch Wohnsitz von einjähriger Dauer oder darunter (RV. Art. 17 II). Auch die Dienstaltersstufen der Besoldungsordnungen gehören hierher, da mit ihrem Ablauf dem Beamten ein Anspruch auf die höhere Besoldung erwächst. Einzelheiten sind ohne Belang. Wichtiger ist die Frage, ob es allgemein rechtsbegründende Fristen im Verwaltungsrecht gibt, entsprechend den Ersitzungsfristen des Privatrechts. Kann die Öffentlichkeit eines Weges, die juristische Persönlichkeit einer Körperschaft, die Staatsangehörigkeit, das Recht zu einem genehmigungspflichtigen Gewerbebetrieb u. dgl. „ersessen" werden? Das Allgemeine Landrecht bejaht die Möglichkeit der Ersitzung von Regalien oder, nach seiner Ausdrucksweise, des Erwerbs von Regalien durch „Verjährung". Nach § 629 I 9 findet „gegen den Fiskus, die Kirchen und solche Korporationen, welchen vermöge ihrer Privilegien gleiche Rechte beigelegt sind, ... die ungewöhnliche Verjährung von vierundvierzig Jahren statt". Von der Verjährung der Regalien aber „gilt alles, was von der Verjährung gegen den Fiskus überhaupt verordnet ist" (§ 35 II 14). Zu den Regalien, die auf diese Weise erworben werden können, rechnet das Gesetz z. B. die Nutzungen an Land- und Heerstraßen, den von Natur schiffbaren Strömen, dem Ufer des Meeres und den Häfen (§§ 21, 24, 26). So führte denn das Reichsgericht vor Erlaß des neuen preußischen Wassergesetzes aus, daß das Recht zum Halten einer Badeanstalt in einem öffentlichen Flusse durch Ersitzung erworben werden könne[1]. Auch die Ersitzung des Rechts einer Gemeinde auf staatliche Zuschüsse für Schulzwecke ist nach dem ALR. möglich[2]. Nach einem andern alten Gesetze, dem zweiten badischen Konstitutionsedikt vom 14. Juli 1807, bedarf eine „Staatsgesellschaft", d. h. eine dem Staatszweck dienende Gesellschaft, um nicht strafbar zu sein, und zur Erlangung der Rechtsfähigkeit der staatlichen Bestätigung (Ziff. 9). „Das zehnjährige Dasein einer solchen Staatsgesellschaft, wenn es von der Staatsobrigkeit gekannt und geduldet wurde, gilt für eine stillschweigende Bestätigung" — also keine Ersitzung im gewöhnlichen Wortsinn, aber eine, die ihr sehr nahe kommt. Gerade die Tatsache, daß sich solche Ersitzungsmöglichkeiten nur in sehr alten Gesetzen finden aus einer Zeit, die den Unterschied von Privatrecht und öffentlichem Recht noch nicht so stark betonte wie die unsrige, legt die Vermutung nahe, daß es sich um eine absterbende Rechtseinrichtung handelt. Als allgemeiner Erwerbsgrund für öffentliche Rechte besteht die Ersitzung jedenfalls heute nicht mehr. So war es einmal fraglich, ob die Teilgemeinde einer zusammengesetzten Gemeinde das Recht zum Halten eines Zuchtstiers durch Ersitzung erwerben könne. Die Frage wurde mit Recht verneint[3]. Ebensowenig gibt es eine Ersitzung der Staatsangehörigkeit oder des Rechts zum Gewerbebetrieb. Selbst die nach dem ALR. doch zulässige Ersitzung einer Dienstbarkeit an öffentlichen Wegen, z. B. des Rechts, Holz aufzustapeln, schränkt das OVG. dahin ein, daß die Ersitzung nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Wegepolizeibehörde möglich sein soll[4].

Trotzdem kommt zweierlei der Ersitzung im Ergebnis sehr nahe: die Unvordenklichkeit und das für alle Behörden geltende Verbot der Willkür. A hat einen deutschen Namen und ist in Deutschland geboren, auch seine Vorfahren wohnten alle in Deutschland. Mit dieser Feststellung ist die Staatsangehörigkeit des A, genau genommen, noch nicht erwiesen, soweit nicht etwa in dem fraglichen Lande vor Inkrafttreten des Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 1. Juni 1870 die Staatsangehörigkeit durch Wohnsitz erworben wurde. Trotzdem wird der Regierungspräsident oder die sonst zuständige Behörde kein Bedenken tragen, eine Staatsangehörigkeitsbescheinigung auszustellen, da die Unvordenklichkeit des Wohn-

[1] RG. V 26. Apr. 11, Gruch. 55 (1911) S. 1153ff.
[2] RG. IV 16. Juni 10, Gruch. 54 (1910) S. 1179ff.
[3] BadVGH. 19. Okt. 97, BadVerwZ. 1898 S. 100ff.
[4] PrOVG. 4. Jan. 23, Entsch. 78, 290ff.

sitzes in Deutschland nahezu mit Sicherheit die Annahme rechtfertigt, daß A Deutscher ist[1]. Die Öffentlichkeit eines Weges entsteht durch Widmung. Ist aber einmal ein Weg seit Menschengedenken als öffentlicher benutzt worden, so darf vermutet werden, daß eine Widmung vorliegt[2]. Man braucht also der Unvordenklichkeit keine rechtsbegründende Wirkung für die Öffentlichkeit eines Weges zuzuschreiben, wie dies neuerdings geschieht[3], und kann doch auf Grund der Widmungslehre zum gleichen Ergebnis kommen wie auf Grund der neuen Lehre. Auch bei Bauten übt die Unvordenklichkeit diese ihre Aufgabe als schwer widerlegliche Vermutung aus. Das preußische OVG. ist nach seinen eigenen Worten „stets davon ausgegangen, daß eine wohlbegründete Vermutung dafür spricht, daß Einrichtungen, insbesondere solche baulicher Natur, die seit unvordenklichen Zeiten unter den Augen der Behörden bestanden haben und von diesen fortdauernd als zu Recht bestehend behandelt worden sind, seinerzeit auch ordnungsmäßig und in Übereinstimmung mit den bestehenden Gesetzen zustande gekommen sind"[4]. Darüber hinaus kann im Rechtsgebiete des gemeinen Rechts die Unvordenklichkeit als ein achtzig Jahre umfassender Zeitraum auch die Bedeutung eines „besonderen Titels" annehmen, der Befreiung von gewissen Gemeindeabgaben begründet[5]. Auch das Verbot der Willkür hat ähnliche Wirkungen wie die Ersitzung. So war in Baden eine Wirtschaft jahrelang bei jedem Genehmigungsverfahren als Realwirtschaft anerkannt worden. Plötzlich änderte die Behörde ihre Übung, da die Entstehung des Realrechts nicht nachzuweisen sei. Der VGH. mißbilligte, da die Änderung der langjährigen Übung „gegen Treu und Glauben verstoßen" würde[6].

b) Bei den rechtsvernichtenden Fristen sind, wie auch sonst, Ausschlußfristen und Verjährungsfristen zu unterscheiden. Die Ausschlußfristen beseitigen das Recht vollständig, höchstens gewährt das Gesetz bei außergewöhnlichen Entschuldigungsgründen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Rechtsmittelfristen des Verwaltungsstreitverfahrens gehören hierher, deren Ablauf das Recht des Beteiligten auf Verhandlung und Entscheidung der Sache im höheren Rechtszuge beseitigt, ebenso die Fristen zur Anfechtung polizeilicher Verfügungen, zur Anrufung der ordentlichen Gerichte gegen die Entschädigungsbeschlüsse der Enteignungsbehörden oder die Entscheidungen des Ministers über Gehaltsansprüche. Nach § $49^{\text{III}}$ GewO. erlischt eine Gewerbegenehmigung, wenn deren Inhaber seinen Gewerbebetrieb während eines Zeitraums von drei Jahren eingestellt hat, ohne eine Fristung nachgesucht und erhalten zu haben; auch diese Frist ist eine Ausschlußfrist, desgleichen die vierzehntägige Frist zur Anbringung von Einwendungen gegen eine geplante neue gewerbliche Anlage nach § $17^{\text{II}}$ GewO. Das Gesetz nennt sie ausdrücklich „präklusivisch". Im Gegensatze dazu zerstören die Verjährungsfristen das Recht nicht vollständig, sondern hindern den Berechtigten nur an der Durchführung seines Anspruchs. Zwar erklärt § 125 AO., durch Verjährung erlösche der Steueranspruch mit seinen Nebenansprüchen. Doch fährt das Gesetz fort: „Was zur Befriedigung oder Sicherung eines verjährten Anspruchs geleistet ist, kann jedoch nicht zurückgefordert werden." Auch die Verjährung des Steuerrechts also führt keine völlige Rechtsvernichtung herbei. Allerdings wirkt sie stärker als die privatrechtliche, da diese nur auf Einrede (BGB. § $222^{\text{I}}$), jene von Amts wegen berücksichtigt wird. Für alle Gebiete des Verwaltungsrechts gültige Vorschriften über Verjährung fehlen. Viele Gesetze regeln die Ver-

---

[1] Vgl. BadVGH. 7. Jan. 30, BadVerwZ. 1930 S. 73ff.

[2] SächsOVG. 19. März 27, Jahrb. 31, 51ff.; WürttVGH. 24. Nov. 26, WüRV. 21 (1928) S. 59f.; ThürOVG. 25. Mai 21, Jahrb. 9, 30ff.

[3] So im Grunde SCHULTZENSTEIN Die Widmung zum öffentlichen Wege, VerwArch. 28 (1921) S. 179ff. Vgl. auch unten S. 509 N. 7 (thür. Wegegesetz).

[4] PrOVG. 4. Mai 15, Entsch. 68, 369.

[5] PrOVG. 15. Febr. 18, Entsch. 74, 218f.

[6] BadVGH. 12. Nov. 06, BadVerwZ. 1907 S. 209f.

jährung für ihr beschränktes Gebiet. So verjähren die Ansprüche des Reichs auf die Zölle und Verbrauchssteuern in einem Jahre, auf die übrigen Steuern in fünf Jahren, bei hinterzogenen Beträgen läuft die Verjährungsfrist zehn Jahre (AO. § 121). Die Abgabengesetze der Länder sind dieser Regelung noch nicht überall gefolgt. So unterscheidet das preußische Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 eine wohl als Ausschlußfrist gedachte Frist von drei Jahren für die Nachforderung von indirekten Steuern, Gebühren und Beiträgen (§ $87^{I\,2}$) und eine Verjährungsfrist von vier Jahren für Gemeindeabgaben, die zur Hebung gestellt wurden (§ $88^{I}$). Das Rückgriffsrecht des Reichs gegen den Beamten, für den es aus Amtshaftung belangt wird, verjährt nach § 2 des Gesetzes vom 22. Mai 1910 in drei Jahren, eine Frist, die an die dreijährige Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen erinnert (BGB. § $852^{I}$) und die Frage nahelegt, ob nicht ganz allgemein beim Schweigen des Gesetzes die Verjährungslehre des BGB. sinngemäß heranzuziehen ist. Die Frage ist für rein vermögensrechtliche Ansprüche zu bejahen. Die vierjährige Verjährungsfrist für Rückstände von Besoldungen u. dgl. nach BGB. § 197 gilt sogar unmittelbar für die doch dem öffentlichen Rechte angehörigen Beamtenbezüge[1]. Regel ist aber auch für öffentlichrechtliche Forderungen die dreißigjährige Verjährungsfrist (BGB. § 195). Ein Wegebaupflichtiger weigert sich z. B., die Straße herzustellen; die Wegepolizeibehörde veranlaßt das Nötige selbst, vergißt aber, die Kosten beim Pflichtigen beizutreiben; nach Ablauf von dreißig Jahren kann der Wegebaupflichtige die Zahlung wegen Verjährung verweigern. Aber nur vermögensrechtliche Ansprüche haben eine die sinngemäße Anwendung des BGB. rechtfertigende Ähnlichkeit mit privatrechtlichen Rechtsverhältnissen; anders geartete Ansprüche unterliegen daher beim Mangel besonderer Bestimmungen der Verjährung überhaupt nicht. So hat der vorläufig verpflichtete Fürsorgeverband, der einen Hilfsbedürftigen Jahr aus, Jahr ein unterstützt, auch nach dreißig Jahren noch einen Anspruch auf Übernahme des Hilfsbedürftigen durch den endgültig verpflichteten Fürsorgeverband[2]. Nur gilt das von der Unvordenklichkeit Gesagte auch hier. Bei einem Anspruch, der zwar bestand, aber Menschenalter hindurch nicht geltend gemacht wurde, spricht eine starke Vermutung dafür, daß irgendein gültiger Erlöschungsgrund dazwischen liegt.

### II. Der Raum und auf den Raum zurückgeführte Einheiten.

**1. Raumbestimmung und Raummessung.** Ähnlich wie sich der Staat bei der Zeitbestimmung auf außerrechtliche Regeln verläßt und nur bei Bestimmung der Uhrzeit selbst eingreift, so überläßt er auch die Raumbestimmung im allgemeinen der Wissenschaft und der Sitte. Das durch Meridiane und Breitengrade geschaffene Koordinatensystem findet der Staat vor, bedient sich auch bisweilen der sinnreichen Ordnung, beeinflußt sie aber in keiner Weise. Auf die Frage: wo befinde ich mich augenblicklich geographisch? erteilt die Wissenschaft und nicht der Staat die Antwort. Und doch gibt es auch staatlich geschaffene, zunächst der Kartenaufnahme dienende Punkte, die eine Ortsbestimmung nach ihnen zulassen: die trigonometrischen Punkte, die sich in einem feinmaschigen Netze über das ganze Landgebiet erstrecken. Ein preußisches Gesetz vom 7. Oktober 1865 für die sechs östlichen Provinzen und eines vom 7. April 1869 für die neuen Provinzen verpflichten die Grundstückseigentümer zur Duldung von Vermessungsarbeiten auf ihren Grundstücken und zur Abtretung der für die Festlegung der trigonometrischen Punkte erforderlichen Bodenflächen. Andere deutsche Gesetze begnügen sich damit, den Eigentümer zur Duldung der Grenzsteine des Dreiecknetzes zu verpflichten[3]. Das Landesvermessungswesen liegt jetzt in der Hand des Reichsamts für Landesaufnahme.

---

[1] Zu schließen aus § $196^{18}$. [2] Vgl. BadVGH. 9. März 01, BadVerwZ. 1901 S. 127.
[3] Bad. G. v. 20. Apr. 54 Art. 6.

Der Staat kümmert sich aber auch um die kleineren räumlichen Abgrenzungen. Jene Frage, wo man sich augenblicklich befinde, ist mit der Angabe von Meridian und Breitengrad nur auf hoher See zufriedenstellend beantwortet, auf dem festen Lande wünscht man mit der Frage den Namen der Ortschaft, der Straße, die Hausnummer zu wissen. Für diese Benennungen und Numerierungen gibt es geschriebene und ungeschriebene Zuständigkeitsbestimmungen; die Benennung der Ortschaften[1] ist meist eine gemeinsame Angelegenheit der Gemeinden und der Aufsichtsbehörde, die Benennung der Straßen und die Numerierung der Häuser bestimmt die Gemeinde als Herrin der Straße, es besteht sogar eine polizeiliche Pflicht hierzu. In reinerer Form bringt die Abgrenzung der Grundstücke Ordnung in die räumlichen Verhältnisse. Die Vorschriften hierüber beruhen auf Landesrecht. In Baden z. B. dürfen nur verpflichtete „Steinsetzer" Grenzsteine setzen und können neue Eigentumsgrenzen ohne „Versteinung" nicht entstehen[2].

Durch das Reich einheitlich geregelt sind dagegen die Längenmaße und die sich hieraus ergebenden Flächen- und Körpermaße. Die Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund vom 17. August 1868 machte den Anfang. Heute gilt die Maß- und Gewichtsordnung vom 30. Mai 1908[3]. Danach ist die Grundlage des Maßes das Meter (§ 1$^{I}$). Das Meter, ursprünglich gedacht als der zehnmillionste Teil des Abstandes zwischen Äquator und Pol, ist jetzt losgelöst von seinem Ursprung und wird vom Gesetze bezeichnet als „Abstand zwischen den Endstrichen des internationalen Meterprototyps bei der Temperatur des schmelzenden Eises" (§ 1$^{II}$). Von diesem in Paris aufbewahrten Urmaß[4] gibt es aber Ausfertigungen für die beteiligten Staaten. „Als deutsches Urmaß gilt derjenige mit dem Prototyp für das Meter verglichene Maßstab aus Platin-Iridium, welcher durch die Internationale Generalkonferenz für Maß und Gewicht dem Deutschen Reiche als nationales Prototyp überwiesen worden ist" (§ 2). Es befindet sich in Berlin bei der Physikalisch-Technischen Reichsanstalt, Abteilung für Maß und Gewicht. Im Gegensatze zu dem unbedingt maßgebenden internationalen Prototyp unterliegen die nationalen Prototypen periodisch wiederkehrenden Vergleichungen mit ihm[5] und daher unter Umständen kleinen Abänderungen. Das Gesetz begnügt sich aber nicht mit der Schaffung und Bezeichnung von räumlichen Einheiten, sondern ordnet auch deren Gebrauch im Verkehr an. Das hierfür erforderliche Eichgeschäft liegt in der Hand staatlicher oder, kraft Übergangsrechts, gemeindlicher Eichämter, die wieder Aufsichtsbehörden der Länder, in Preußen den Eichungsdirektionen, unterstellt sind (§§ 15ff.). Die Oberaufsicht im Reiche führte früher die Kaiserliche Normal-Eichungskommission, die nach der Revolution die Bezeichnung Reichsanstalt für Maß und Gewicht annahm und jetzt nur noch eine Abteilung der Physikalisch-Technischen Reichsanstalt in Berlin bildet; Bayern hat ein besonderes Landesamt für Maß und Gewicht (§ 25$^{I}$). Neben anderm liegt der Reichsanstalt die Verabfolgung der Normale an die Aufsichtsbehörden und deren periodisch wiederkehrende Vergleichung mit dem Urmaß ob (§ 19$^{I}$). Die Eichungsdirektionen statten die Eichämter mit den erforderlichen Eichnormalen, Apparaten und Stempeln aus und sorgen für die Ordnungsmäßigkeit und die Richtighaltung der Eichmittel (§§ 15, 17). Die Eichung selbst besteht in der vorschriftsmäßigen Prüfung und Stempelung der Meßgeräte; sie ist eine staatliche Beurkundung der Richtigkeit des geeichten Gegenstandes und hat, wie alle staatlichen Beurkundungen, die Vermutung der Richtigkeit für sich. Außerdem bewirkt sie bei den eichungspflichtigen Gegenständen die Befreiung von dem vor der Eichung bestehenden Benutzungsverbote.

[1] Vgl. Friedrichs Ortsnamenpolizei, Stusev. 1924 S. 235ff., 296ff.; Mosheim RVerwBl. 49 (1928) S. 663ff.; Pathe ebenda 52 (1931) S. 267ff.

[2] G. v. 20. Apr. 54 Art. 5, G. v. 26. März 52 Art. 9. — Neuere Gesetze über das Vermessungswesen gibt es in Anhalt (19. Mai 22), Thüringen (1. Sept. 30/14. Febr. 31) und Hessen (9. Jan. 26).

[3] Dazu Eichordnung, Bek. v. 21. Febr. 30.

[4] Internationale Meterkonvention v. 20. Mai 75/6. Okt. 21 Art. 8. [5] A. a. O. Art. 6 Ziff. 3.

Andere räumliche Maße als die mit einfacher Rechnung auf das Metermaß zurückzuführenden kennt das Recht nicht mehr. Die namentlich auf dem Lande übliche Flächenberechnung nach Morgen ist eine rein private Gewohnheit und stört, wo der Morgen nicht ein glattes Vielfaches des Ar ist, die Rechnung nach den gesetzlichen Maßen empfindlich. Von den sonstigen üblichen, aber gesetzlich nicht anerkannten Maßen hat die Seemeile wenigstens insofern eine gewisse Verwandtschaft mit dem Metersystem, als man bei ihr ebenfalls von der Entfernung Äquator-Pol ausgeht, diesen Quadranten in neunzig Breitengrade, den Breitengrad in sechzig Bogenminuten einteilt und die Seemeile einer solchen Bogenminute gleichsetzt (etwa 1852 m).

Einen besonderen Anwendungsfall der Meterrechnung stellt das Reichsgesetz über die Bezeichnung des Raumgehaltes der Schankgefäße vom 20. Juli 1881/24. Juli 1909 dar. Schankgefäße zur Verabreichung von Wein, Obstwein, Most oder Bier in Gast- und Schankwirtschaften müssen mit einem Füllstrich versehen sein. Der Füllstrich ist nur zulässig zur Bezeichnung eines Liters und gewisser Bruchteile oder eines gewissen Vielfachen von ihm. Er bedarf nicht der Eichung, doch haben die Wirte gehörig gestempelte Flüssigkeitsmaße von einem zur Prüfung ihrer Schankgefäße geeigneten Einzel- oder Gesamtinhalt bereit zu halten.

Die Frage liegt nahe, ob die Verwaltung auch amtliche Messungen nach dem Metersystem vorzunehmen hat. Die Gesetzgebung schweigt hierüber. Tatsache ist jedoch, daß in den verschiedensten Verwaltungen kraft Dienstvorschrift Messungen dieser Art ausgeführt werden, so bei der Heeresverwaltung zur Bestimmung der Flugbahn der Geschosse, bei der Landesvermessung zur Bestimmung der Höhe der Berge[1], bei der Marine zur Bestimmung der Seetiefe. Auch die Setzung von Kilometersteinen an den Straßen beruht auf Dienstvorschrift.

**2. Auf den Raum zurückgeführte Einheiten.** Es ist eine menschliche Eigentümlichkeit, möglichst alles Meßbare in räumliche Verhältnisse zu verwandeln. Schon die Uhr hätte als Beispiel hierfür angeführt werden können, da sie aus einem räumlichen Verhältnis — der Zeigerstellung — die Ablesung der Zeit gestattet. In engstem Zusammenhange mit dem Metersystem steht aber vor allem die Gewichtsordnung.

Der ursprüngliche Gedanke bei Einführung des Kilogramms war der, ein kg dem Gewichte eines Kubikdezimeters Wasser von 4$^0$ Celsius unter dem Drucke einer Atmosphäre gleichzusetzen. Wäre man dabei geblieben, so wäre das internationale Meterprototyp auch maßgeblich für die Gewichtsbestimmung. Statt dessen hat man neben das Meterprototyp ein Gewichtsprototyp in Gestalt eines Kilogramms aus Platin-Iridium gestellt, das ebenfalls in Paris aufbewahrt wird und von dem, wie beim Meter, nationale Prototype für die einzelnen Staaten ausgefertigt werden[2]. Für die Gewichte gelten ähnliche Vorschriften wie für die Maße, namentlich sind für die Eichung der Gewichte die gleichen Behörden zuständig wie für die Eichung jener.

Auch die elektrischen Maßeinheiten, das Ohm, das Ampere und das Volt, gehen nach dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1898 auf räumliche Beziehungen zurück, daneben auf solche der Zeit und des Gewichts[3].

Die Temperaturskala steht im großen und ganzen selbständig neben den Einheiten der Zeit, des Raumes und des Gewichts, da sie von der normalen Schmelztemperatur des Eises und der normalen Siedetemperatur des Wassers ausgeht. Doch liegt in dem Worte „normal" eine Beziehung zum Luftdruck, außerdem sind die gebräuchlichen Thermometer auf den Raum bezogen; daher sei das Reichsgesetz über die Temperaturskale (so!) und die Wärmeeinheit vom 7. August 1924 ebenfalls

---

[1] Vgl. z. B. bay. VO. über das Höhenmessungswesen v. 20. Juli 25.
[2] Maß- und GewichtsO. v. 30. Mai 08 § 4.
[3] Fr. Kohlrausch Lehrbuch der praktischen Physik Ziff. 80.

an dieser Stelle erwähnt. Das Gesetz legt die Rechnung nach Celsius bindend fest, die Schmelztemperatur des Eises wird mit 0°, die Siedetemperatur des Wassers mit 100° bezeichnet. Außerdem definiert es die Kilokalorie und die Kilowattstunde. Beglaubigung der Meßgeräte schreibt das Gesetz selbst nicht vor, doch kann sie durch Verordnung eingeführt werden (§ 4$^{\text{III}}$). Nur Fieberthermometer, die verkauft oder sonstwie in den Verkehr gebracht werden sollen, müssen nach dem am 10. September 1924 neu verkündeten Reichsgesetz über die Prüfung und Beglaubigung der Fieberthermometer amtlich geprüft und für den Vertrieb im Inland außerdem durch amtliche Stempel als den Prüfungsbedingungen genügend beglaubigt sein.

**3. Das Geld als Preisanzeiger insbesondere.** Jenes menschliche Bestreben, alles Meßbare auf räumliche Größen zurückzuführen, zeigt sich auch in der Bestimmung eines Stückchens Edelmetalls als Preisanzeigers. Wohl läßt sich eine Geldverfassung denken, die vom metallenen oder sonstigen gegenständlichen Untergrunde sich völlig loslöst und sich einzig auf dem Grundsatze der Knappheit der in den Verkehr gebrachten Geldzeichen aufbaut. Solange aber Goldwährung besteht, sei die Anknüpfung des Geldwesens an die Bestimmungen über Maß und Gewicht gestattet.

a) Das Münzgesetz vom 30. August 1924 gehört zu den im Zusammenhange mit der Londoner Konferenz und dem Dawes-Gutachten erlassenen Gesetzen. Es stellt wieder die Verbindung mit der bis zum Kriege in Kraft gewesenen Goldwährung her. Die Rechnungseinheit bildet die in 100 Reichspfennige eingeteilte Reichsmark. Als Reichsmünzen sind vorgesehen Goldmünzen über 20 und 10 Reichsmark, Silbermünzen über Beträge von 1 bis 5 Reichsmark und Stücke über 1, 2, 5, 10 und 50 Reichspfennige. Nur bei den Goldmünzen entspricht der Metallwert dem Nennwert, da eben die Reichsmark einem bestimmten Gewichte Goldes gleichgesetzt ist; Abweichungen sind daher nur möglich, soweit das tatsächliche Gewicht mit dem Sollgewicht nicht übereinstimmt; über die zulässigen Abweichungen enthält das Gesetz besondere Bestimmungen (§ 11). Aus 1 kg feinen Goldes werden 139½ Stücke über 20 Reichsmark oder 279 Stücke über 10 Reichsmark ausgeprägt. Das Mischungsverhältnis beträgt 900 Teile Gold und 100 Teile Kupfer. Die zunächst etwas befremdenden Zahlen 139½ und 279 erklären sich aus dem Wertverhältnis zwischen Silber und Gold zur Zeit des Gesetzes vom 4. Dezember 1871 über die Ausprägung von Reichsgoldmünzen. Man nahm damals ein Verhältnis von 1 : 15½ an. Beim Silbertaler aber bestand ein einfaches Verhältnis zwischen Nennwert und Gewicht: auf ein Pfund Silber fein gingen 30 Taler. Also mußte man ein Pfund Gold 90mal 15½ Mark gleichsetzen, d. h. 1395 Mark, ein Kilogramm Gold betrug das Doppelte oder 2790 Mark, also die gleichen Zahlen, auf die auch das Münzgesetz von 1924 zurückgreift. Der Ausprägung von Goldmünzen sind gesetzlich keine Schranken gesetzt. Um die Wertgleichheit zwischen Gold und Geld unbedingt zu wahren, gibt das Gesetz, ebenso wie das frühere Münzgesetz, jedermann das Recht, in seinem Besitze befindliches Gold in Stücke von 20 Reichsmark ausprägen zu lassen (§ 7$^{\text{II}}$). Die hierfür zu zahlende Gebühr darf höchstens 14 Reichsmark für das Kilogramm feinen Goldes betragen. Doch steht diese Vorschrift vorläufig auf dem Papiere, da zur Zeit keine Goldmünzen ausgeprägt werden, der Reichsminister der Finanzen auch noch nichts über die Gestalt der Münzen bestimmt hat (§ 3$^{\text{I}}$). Trotzdem ist das Wertverhältnis zwischen Gold und Reichsmark gesichert, da die Reichsbank verpflichtet ist, Barrengold zum festen Satze von 1392 Reichsmark für das Pfund fein mittels ihrer Noten anzukaufen, also mit einem geringeren Abzuge als dem bei der etwa künftigen Ausprägung von Goldmünzen zulässigen[1]. Bis auf weiteres gelten auch die seit dem Reichsgesetze vom 4. Dezember 1871

[1] Bankges. v. 30. Aug. 24 § 22$^{\text{I}}$.

ausgeprägten Goldmünzen als Reichsgoldmünzen, da sie ja nach Gewicht und Zusammensetzung genau den neu auszuprägenden Goldmünzen entsprechen (§ 4[I]).

Demgegenüber sind die übrigen Münzen nur sogenannte Scheidemünzen, d. h. unterwertige Münzen, die nach Maßgabe noch zu erörternder Bestimmungen die Aufgaben des Geldes nur unvollkommen erfüllen. Auch hier läßt das Gesetz bis auf weiteres die Weitergeltung älterer Münzsorten zu, nämlich der unter der Herrschaft der Rentenmark ausgeprägten, auf „Mark" lautenden Reichssilbermünzen von 1924, der Rentenpfennigmünzen und der alten Kupferpfennige, die auf diese Weise eine völlige Aufwertung erfahren haben. Für die neuen Silbermünzen gilt nach Bekanntmachungen vom 17. April und 10. August 1925, 21. und 25. Juli 1927, daß sie auf 1, 2, 3 und 5 Reichsmark lauten, zur Hälfte aus Silber, zur andern Hälfte aus Kupfer bestehen, bestimmte Durchmesser haben und so stark sind, daß aus 1 Kilogramm Silbers 400 Reichsmark ausgeprägt werden. Eine Reichsmark enthält demnach 2½ Gramm Silber und ebensoviel Kupfer, wiegt also 5 Gramm. Damit hat sich der Silbergehalt gegenüber den Vorkriegsmünzen um die Hälfte verschlechtert; unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Metallwertes von Silber und Kupfer (Frühjahr 1931) ist eine Reichsmark in Silber nur etwa 10 Reichspfennige wert. Die Ausprägung der kleinen Münzen im Nennbetrage von 1, 2, 5 und 10 Reichspfennigen regelt eine Bekanntmachung vom 4. November 1925 unter Hinweis auf die für die Rentenpfennige erlassenen Vorschriften. Hiernach bestehen die Ein- und Zweipfennigstücke aus 95 Teilen Kupfer, 4 Teilen Zinn und 1 Teil Zink, die Stücke zu 5 und 10 Reichspfennigen aus 91,5 Teilen Kupfer und 8,5 Teilen Aluminium. Die Ein- und Zweipfennigstücke wiegen 2 und 3½ Gramm, die Stücke zu 5 und 10 Reichspfennigen 2½ und 4 Gramm. Nach einer Bekanntmachung vom 15. Juli 1927 endlich werden Nickelmünzen im Nennbetrage von 50 Reichspfennig geprägt; sie enthalten eine Beimischung fremden Metalls höchstens im Betrage von 2 vom Hundert. Die Spannung zwischen Metallwert und Nennwert ist bei diesen kleinen Münzen noch bedeutender als bei den Silbermünzen. Die selbstverständliche Folge davon ist, daß niemand das Recht haben kann, in seinem Besitze befindliches Silber, Kupfer, Zinn, Zink, Nickel und Aluminium in Scheidemünzen ausprägen zu lassen. Auch mußte das Gesetz zur Vermeidung einer Scheidemünzeninflation dem Gesamtbetrag aller Münzen zu 5 Reichsmark und darunter eine Höchstgrenze setzen; er darf 20 Reichsmark für den Kopf der Bevölkerung des Reichs nicht übersteigen (§ 8[I]), also zur Zeit nicht den Betrag von etwa 1250000000 Reichsmark.

Durch Erlaß des Münzgesetzes hat das Reich, wenn auch unter auswärtigem Druck, von seiner ausschließlichen Gesetzgebung über das Münzwesen (RV. Art. 6[5]), seiner sog. Münzhoheit[1] Gebrauch gemacht. Die Ausführung des Gesetzes, die Prägung, überläßt es nach wie vor den Ländern, die Münzstätten haben und sich zur Ausprägung für Rechnung des Reiches bereit erklären (§ 7[I]). Man nennt diese Befugnis der Länder in Erinnerung an die ehemaligen landesherrlichen Hoheitsrechte bisweilen noch Münzregal. Hoheitlich am Akte der Ausprägung ist nicht sowohl die Ausschließlichkeit der Befugnis, sonst wären alle Privilegien, alle Zwangs- und Bannrechte, alle Urheberrechte hoheitlicher Natur, als vielmehr die besondere Wirkung, die der Prägeakt nach sich zieht. Er ist einmal eine öffentliche Beurkundung, ähnlich der Eichung eines Gewichts, durch die strafrechtlichen Vorschriften über Münzverbrechen stärker geschützt als andere öffentliche Beurkundungen. Jedes von einer staatlichen Münzstätte geprägte Goldstück trägt also die Vermutung in sich, an Gewicht und Zusammensetzung den gesetzlichen Vorschriften zu entsprechen. Dies ist aber noch nicht einmal das Wesentliche. Größere Bedeutung hat es, daß die Prägung, etwa aus den Rohstoffen Gold und Kupfer, Geld im rechtlichen Sinne macht. Mag man im volkswirtschaftlichen Sinne auch andere Gegenstände als Geld bezeichnen, im recht-

---

[1] Vgl. LABAND Staatsr. d. Deutsch. Reiches[5] III 1913 S. 169.

lichen Sinne ist doch nur das Geld, was der Staat als solches schafft oder anerkennt. Wohl sind unentwickelte Zustände denkbar, wo es überhaupt kein Geld gibt, wo Ware gegen Ware, Arbeit gegen Ware, Arbeit gegen Arbeit getauscht wird. Für solche Zeitalter ist die Volkswirtschaft frei in ihrer Begriffsbestimmung; hier mag sie dem Korn, dem Stück Vieh die Bedeutung von Geld beilegen. Sobald aber die Gesetzgebung die Geldschuld, die Geldleistung, das Geld selbst andern Regeln unterwirft als sonstige Schulden, Leistungen und Gegenstände, ist Geld nur noch das, was das Gesetz als solches meint, wenn es von „Geld“ spricht. So sind die Steuern nach § 1 AO. „Geldleistungen“, die Entschädigung für Enteignungen wird nach den Enteignungsgesetzen in „Geld“ gewährt, der Anspruch des Beamten auf Besoldung ist eine Geldforderung, das bekannte Verbot des „Truck“-Systems bei der Entlohnung der gewerblichen Arbeiter bedeutet gerade, daß die Löhne in „Reichswährung“ zu berechnen und bar auszuzahlen sind (GewO. § $115^{I}$), auch bei den Geldstrafen ist an das Geld im gesetzlichen Sinne gedacht. Nur eine von vielen Besonderheiten des Geldes gegenüber anderen Gegenständen ist es, daß es das gesetzliche Zahlungsmittel ist, d. h. daß es allein die Kraft hat, eine fällige Geldschuld auch gegen den Willen des Berechtigten zu tilgen. In diesem Sinne sind vollkommene gesetzliche Zahlungsmittel nur die beiden Goldmünzen und die auf Reichsmark lautenden Noten der Reichsbank (Münzges. § 5). Die übrigen Münzen sind zwar ebenfalls gesetzliche Zahlungsmittel, doch unbeschränkt nur den Reichs- und Landeskassen gegenüber (§ $9^{II}$); sonst ist niemand verpflichtet, Silbermünzen im Betrage von mehr als 20 Reichsmark und die kleineren Münzen im Betrage von mehr als 5 Reichsmark in Zahlung zu nehmen (§ $9^{I}$); dafür gibt es öffentliche Kassen, die gegen Einzahlung von Silbermünzen im Werte von mindestens 200 Reichsmark oder von kleineren Münzen im Werte von mindestens 50 Reichsmark auf Verlangen unbeschränkt gesetzliche Zahlungsmittel verabfolgen (§ $9^{III}$). Die Welt der Tatsachen kennt allerdings noch andere Zahlungsarten als die im Münzgesetz genannten. Das Münzgesetz regelt nur den Barverkehr, nicht den sogenannten bargeldlosen durch Bank- oder Postschecküberweisung. Und doch gibt das Münzgesetz die Rechtslage vollkommen richtig wieder; denn von Fällen des Rechtsmißbrauches abgesehen braucht sich niemand Bank- oder Postschecküberweisung gefallen zu lassen. Es bedurfte einer ausdrücklichen Vorschrift im § $102^{I}$ AO., um für Zahlungen und Rückzahlungen im Bereiche der Reichssteuern den bargeldlosen Verkehr der Barzahlung gleichzusetzen.

b) Wenn das Münzgesetz auch die auf Reichsmark lautenden Reichsbanknoten zum unbeschränkten gesetzlichen Zahlungsmittel erklärt, so verweist es stillschweigend auf das Bankgesetz vom gleichen Tage (30. August 1924), das die Beziehung zu den Londoner Abmachungen deutlicher aufwies als das Münzgesetz, aber durch den Young-Plan und das damit zusammenhängende Änderungsgesetz vom 13. März 1930 von den Zeichen ausländischer Bevormundung befreit wurde. Danach hat die Reichsbank auf die Dauer von fünfzig Jahren das ausschließliche Recht, in Deutschland Banknoten mit der Eigenschaft eines unbeschränkten gesetzlichen Zahlungsmittels auszugeben (§ $2^{I}$). Allerdings verbleibt der Bayerischen Notenbank, der Sächsischen Bank, der Württembergischen Notenbank und der Badischen Bank das Recht zur Notenausgabe. Doch unterliegt dies Recht nach dem Privatnotenbankgesetz vom 30. August 1924 einer an zehnjährige Stichtage gebundenen Kündigung durch die Reichsregierung (§ $1^{I}$) und beschränkt sich auf gewisse Höchstbeträge, die das Gesetz bei den beiden erstgenannten Banken auf je 70 Millionen, bei den beiden anderen Banken auf je 27 Millionen Reichsmark festsetzt (§ $3^{I}$). Die Schlechterstellung der Privatbanknoten kommt im § 5 zum Ausdruck, wonach Privatbanknoten nicht gesetzliche Zahlungsmittel sind, auch nicht durch Landesgesetz zu solchen erklärt werden können, nicht einmal ein Annahmezwang für öffentliche Kassen begründet werden kann. Das einzige, was sie in be-

scheidenen Grenzen den Reichsbanknoten annähert, ist die Pflicht der Reichsbank in Berlin und der Zweiganstalten der Reichsbank in Städten von mehr als 100000 Einwohnern oder am Sitze der Privatnotenbank, die Privatbanknoten zum vollen Nennwert in Zahlung zu nehmen. Innerhalb des Ausgabelandes tauscht die Reichsbank die Privatbanknoten sogar gegen Reichsbanknoten ein, soweit es die Notenbestände und die Zahlungsbedürfnisse gestatten (§ 22). Daneben besteht die Einlösungspflicht der Privatnotenbank selbst (§ 9 II). Trotz allem wird sich die Privatbanknote außerhalb ihres Ausgabelandes überhaupt nicht, innerhalb des Landes nur schwer neben der Reichsbanknote behaupten können. Dagegen werden die Rentenbankscheine tatsächlich den Reichsbanknoten gleichgeachtet; bis Ende 1942 muß aber die Reichsbank alle Rentenbankscheine aus dem Verkehr ziehen[1].

Die innere Berechtigung für die Erklärung der Reichsbanknote zum gesetzlichen Zahlungsmittel liegt in ihrer wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit, zum vollwertigen Zahlungsmittel in den strengen Deckungsvorschriften. Die Reichsbank ist verpflichtet, für den Betrag ihrer im Umlauf befindlichen Noten jederzeit zu halten: eine Deckung von mindestens 40% in Gold oder Devisen (Golddeckung), davon mindestens drei Vierteile in Gold, und für den Restbetrag gute Handelswechsel mit einer Verfallzeit von höchstens drei Monaten, aus denen drei als zahlungsfähig bekannte Verpflichtete haften, oder Schecks mit der gleichen Zahl und Gattung von Verpflichteten; ausnahmsweise genügen unter bestimmten Voraussetzungen zwei Unterschriften (Bankges. §§ 28, 21 I 2). Unter außergewöhnlichen Umständen kann der Generalrat auf Vorschlag des Direktoriums die Golddeckung unter 40% herabsetzen; der Beschluß erfordert Einstimmigkeit bis auf eine Stimme. Die Reichsbank hat dann eine Notensteuer an das Reich zu zahlen (§ 29). Außer der Deckungspflicht besteht nach § 31 eine Einlösungspflicht, doch ist die Bestimmung erst durch Bekanntmachung vom 15. April 1930[2] in Kraft gesetzt worden; bis dahin hatte Deutschland nur eine sog. Goldkernwährung, keine Goldwährung, genauer Golddevisenwährung im strengen Sinne.

c) Ist somit zu hoffen, daß die neue Reichsmark keiner Entwertung verfällt, so besteht doch vereinzelt auch für das Verwaltungsrecht noch das Rechtsproblem der Geldentwertung zwischen 1914 und 1923 und damit der Aufwertung. Für das öffentliche Recht fehlt es fast völlig an Vorschriften des geschriebenen Rechts, die öffentlichrechtlichen Ansprüche gehören zu den im Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 § 62 genannten „anderen" Ansprüchen, deren Aufwertung sich „nach den allgemeinen Vorschriften" richtet, soweit gesetzliche Bestimmungen fehlen. Doch lohnt sich eine genauere Behandlung dieser Aufwertungsfragen nicht mehr. Eine Verweisung auf das am Kopfe des Paragraphen genannte Schrifttum und auf die Vorauflage (S. 220ff.) mag genügen[3].

### III. Die Zahlen.

Zeit und Raum bilden den Rahmen für die Tatbestände des Rechts. An sich wäre es möglich, jetzt zu den Gegenständen des Verwaltungsrechts überzugehen, an denen und durch die sich Tatbestände des Verwaltungsrechts verwirklichen. Doch ist es zweckmäßig, sich vorher noch eines dritten Allgemeinen zu erinnern, unter dem wir die Dinge zu betrachten pflegen: der Zahl.

Es wäre von Wichtigkeit, einmal die Bedeutung der Zahl für das Recht umfassend zu untersuchen, weniger vielleicht in dogmatischer, als in funktioneller

---

[1] G. ü. d. Liqu. d. Umlaufs an Rentenbankscheinen v. 30. Aug. 24/VO. v. 1. Dez. 30 § 5 I.

[2] RGBl. II S. 691.

[3] Aus der Rechtsprechung vgl. noch PrOVG. 18. Apr. 29, Entsch. 84, 166ff., OLG. Kiel 27. Juni 29, SchlHolstAnz. 1930 S. 50ff., OLG. Braunschweig 10. Febr. 28, BraunschwZ. 74 (1928) S. 49ff.; aus der Gesetzgebung RGes. ü. d. Erstattung der Kriegswohlfahrtsausgaben v. 12. Febr. 31.

Hinsicht. Welche Möglichkeiten öffnen sich z. B. dadurch, daß für die Wahl des Reichspräsidenten einfache Mehrheit genügt, daß also im Absetzungsverfahren seine Gegner durchdringen können, wenn er nicht die unbedingte Mehrheit der Wahlberechtigten hinter sich hatte? Oder wie wirkt sich die Bestimmung der preußischen Verfassung (Art. $57^{V}$) aus, daß für ein Mißtrauensvotum die Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder des Landtags erforderlich ist, für die Ablehnung einer Regierungsvorlage aber schon Stimmengleichheit genügt? Hier, im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Tatbestände, sind nur einige wenige Fragen kurz zu berühren.

Die Gesetze bedienen sich vielfach unbestimmter Zahlwörter[1]. Nach § 13a des preußischen Gesetzes vom 10. August 1904 über die Gründung neuer Ansiedlungen ist die staatliche Genehmigung zur Umwandlung eines Landguts in „mehrere“ ländliche Stellen nötig, § $35^{IV}$ GewO. gestattet die Untersagung des Kleinhandels mit Bier, wenn der Gewerbetreibende „wiederholt“ wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des § 33 bestraft worden ist, Gesetze und Verordnungen gegen das Zigeunerunwesen verbieten das Wandern der Zigeuner in „Horden“. Vielfach hat der Gesetzgeber selbst die Mißlichkeit solcher unbestimmten Begriffe eingesehen und sie durch bestimmtere Angaben ersetzt. So kommt der Ausdruck „Fabrik“ zwar immer noch in der GewO. vor, ist aber durch Gesetz vom 28. Dezember 1908 für die Arbeiterschutzbestimmungen ersetzt worden durch den Ausdruck: „Betriebe, in denen in der Regel mindestens zehn Arbeiter beschäftigt werden“ (vor § 133g). Vor „versammelter Mannschaft“ ist nach § 7 des Militärstrafgesetzbuchs (Fassung v. 16. Juni 1926) eine strafbare Handlung begangen, wenn außer dem Vorgesetzten und dem einzelnen Beteiligten noch mindestens sieben andere zu militärischem Dienste versammelte Soldaten gegenwärtig gewesen sind. Fehlt es an derartigen gesetzlichen Erläuterungen, so hilft die Rechtsprechung nach; wenn es irgend geht, wird dann die Zahl „zwei“ als Grenzzahl genommen. So sind schon zwei ländliche Stellen „mehrere“ im Sinne des Ansiedlungsgesetzes[2], eine zweimalige Bestrafung genügt dem Erfordernis der „wiederholten“ Bestrafung[3], die Abnutzung eines Weges ist „dauernd“, wenn sie in mindestens zwei Kalenderjahren stattgefunden hat[4]. Auch dort, wo die Zahl „zwei“ offenbar nicht ausreicht, liegt sie doch wenigstens auf der anderen Seite der Grenze: tres faciunt collegium, also mehr als zwei machen ein Kollegium aus. Die Mindestzahl, bei deren Erreichung man von einer „Horde“ oder einer „Rotte“ denkbarerweise sprechen kann, ist daher drei[5]. In sonstigen Fällen entscheidet die Durchschnittsauffassung der Allgemeinheit.

Erwähnt sei im Zusammenhang hiermit das Problem der Ersetzbarkeit der Zweiheit durch die Einheit. Nach dem preußischen Wahlgesetz für die Provinziallandtage vom 7. Oktober 1925 stellt der Provinzialausschuß das Wahlergebnis fest und prüft der Provinziallandtag es nach. Genügt es, falls beide Kollegien entschlossen sind, untätig zu bleiben, daß die Aufsichtsbehörde einen einzigen Kommissar ernennt, oder muß sie zwei Kommissare ernennen, für jedes Kollegium einen? Das preußische Oberverwaltungsgericht entscheidet mit Recht im zweiten Sinne[6]. Und ähnlich ist es mit der Frage, ob die vom Staatsministerium als solche gefällte, auf Dienstentlassung lautende Disziplinarentscheidung noch der Bestätigung des Staatsministeriums in seiner Eigenschaft als Nachfolgers des Königs bedarf[7].

---

[1] Vgl. auch oben S. 31. [2] PrOVG. 4. Febr. 09, Entsch. 54, 240f.

[3] PrOVG. 18. Jan. 06, Entsch. 48, 296f. [4] PrOVG. 19. Nov. 08, Entsch. 53, 309ff.

[5] Im Gegensatze dazu will die MinEntschl. z. bay. Zigeuner- und Arbeitsscheuengesetz v. 16. Juli 26 unter A 7 als Horde „auch die Vereinigung von zwei einzelstehenden Personen“ gelten lassen.

[6] PrOVG. 17. Jan. 28, RVerwBl. 49 (1928) S. 848ff., auch 28. Jan. 27, Entsch. 81, 101ff.

[7] Pr. DiszG. v. 21. Juli 52 §§ 45, 47.

Eine weitere, meist nicht sehr bedeutende, aber für den das Gesetz handhabenden Beamten doch wichtige Frage ist die nach der Aufrundung von Bruchteilen. Die Inflationszeit hat insofern eine sonst ungewohnte Schwierigkeit in die Frage gebracht, als es nicht immer sicher ist, ob während der Inflationszeit eingeführte Aufrundungsvorschriften für Ruhegehaltsberechnungen als dauernde oder nur für die Zeit der Geldentwertung gültige Vorschriften gedacht waren. Wo Gesetze und Verordnungen schweigen, darf man annehmen, daß die in der Schule gelehrte Aufrundungsregel gilt, daß Bruchteile von ½ und darüber nach oben, kleinere Bruchteile nach unten aufgerundet werden. Doch untersteht auch diese Regel dem Gebote sinngemäßer Anwendung. So bedurfte es eines verwaltungsgerichtlichen Urteils[1] zur Feststellung, daß beim D'HONDTschen Verhältniswahlverfahren keine Aufrundung zulässig ist, daß also, wenn z. B. an letzter Stelle die Höchstzahlen $60\frac{4}{5}$ und $60\frac{3}{4}$ stehen, die erste zum Zuge kommt und nicht etwa das Los zwischen den aufgerundeten Zahlen 61 und 61 entscheidet.

Endlich besteht noch die Frage, was unter den im Gesetze genannten, erst durch Zählung zu ermittelnden Einwohnerzahlen zu verstehen ist. Ein preußisches Gesetz vom 10. Februar 1923 z. B. bestimmt, daß für gewisse Genehmigungen in Städten mit mehr als 10000 Einwohnern der Gemeindevorstand, im übrigen der Landrat zuständig sein soll. Kann die Zuständigkeitsfrage von einer Beweiserhebung darüber abhängig gemacht werden, ob die in Frage stehende Stadt augenblicklich 10000 Einwohner zählt oder nicht? Mit Recht verneint das OVG[2]. Maßgebend ist vielmehr hier wie in ähnlichen Fällen die durch die jedesmalige letzte Volkszählung ermittelte Zahl der ortsanwesenden Bevölkerung. Für solche Volkszählungen und für sonstige statistische Aufnahmen bedarf es keines Gesetzes, soweit jeder Auskunftszwang fehlt und soweit andererseits die haushaltsmäßigen Ausgabeposten nicht überschritten werden. Da aber ohne Auskunftspflicht des einzelnen keine ordnungsmäßige Statistik möglich ist, pflegen derartige Erhebungen durch Gesetz angeordnet zu werden[3]. Nur bei statistischen Erhebungen innerhalb der Behördenordnung oder sonstiger Gewaltverhältnisse genügt der Verordnungsweg[4].

## IV. Die Gegenstände des Verwaltungsrechts.

Nach den Erörterungen über Zeit, Raum und Zahlen ist es angebracht, sich den Gegenständen des Verwaltungsrechts zuzuwenden. Wie im Privatrecht können auch im Verwaltungsrecht körperliche und nicht körperliche Gegenstände Beziehung zu einem Tatbestand haben. So kann der Staat ein Grundstück enteignen, er kann aber auch eine Erfindung für sich in Anspruch nehmen. Wie im Privatrecht ist auch hier der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wichtig. Wieder sei auf die Enteignungsgesetze der Länder verwiesen, die meist nur die Enteignung von Grundstücken regeln, dann an die Grundsteuergesetze, die Gesetze über die Beitragspflicht der Straßenanlieger. Eine besondere Art für das öffentliche Recht bedeutsamer Sachen sind die öffentlichen Sachen, wie Wege, Flüsse, Meeresstrand. Die Darstellung der an ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sei einem Abschnitt des Besonderen Teils vorbehalten (§ 22). Allgemeine Bedeutung für das Verwaltungsrecht hat aber die Form, in der wir die Gegenstände betrachten, nämlich als eine Einheit oder eine Vielheit, als zusammengehörig oder nicht zusammengehörig. Beispiele werden alsbald zeigen, wie wichtig es ist, sich immer dieser durch den Zweckgedanken geschaffenen Formen zu erinnern.

---

[1] BraunschwVGH. 12. Okt. 21, BraunschwZ. 69 (1924) Beil. S. 3f. Vgl. auch BayVGH. 5. März 30, Samml. 51, 20ff.

[2] PrOVG. 24. Juni 24, Entsch. 79, 23ff.

[3] Vgl. RGes. über die Volks-, Berufs- u. Betriebszählung 1925 v. 13. März 25.

[4] Vgl. sächs. VO. über Neuregelung der Statistik der Todesursachen v. 12. Juli 26.

Nach dem bereits vielfach erwähnten § 15 des preußischen Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 kann die Gemeinde nach Anlegung einer Ortsstraße den angrenzenden Eigentümer zu den Straßenherstellungskosten heranziehen, sobald er ein Gebäude an der neuen Straße errichtet. Die Kosten werden meist nach der Frontlänge des bebauten Grundstücks bemessen. Hier ist es offenbar von großer Wichtigkeit, zu wissen, ob ein mit einem Gebäude versehener Streifen für sich betrachtet werden darf oder ob er mit noch unbebautem Gartenland eine räumliche Einheit bildet. Entscheidend ist die wirtschaftliche Zweckbestimmung. Baut der Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke, von denen eines mit einem Wohnhause bebaut ist, auf dem andern Grundstücke dicht daneben einen Schuppen für Kraftwagen, dann ist auch das zweite Grundstück bebaut, aber nicht ganz, sondern nur mit dem Streifen, auf dem der Schuppen steht, da nur dieser Streifen mit dem ersten Grundstück eine räumliche Einheit bildet. Liegt der Schuppen so weit zurück, daß die Straße für ihn keinen Vorteil hat, vielleicht weil er an eine andere Straße grenzt, so ist auch der Streifen frei von der Beitragspflicht[1]. Auch wenn der Eigentümer eines katastermäßig einzigen Grundstücks nur einen Teil des Grundstücks bebaut, kann es vorkommen, daß er nicht mit der ganzen Frontlänge beitragen muß, dann z. B., wenn der unbebaute Teil des Grundstücks Bauland für ein zweites selbständiges Gebäude ist. Das Gesetz selbst spricht von „wirtschaftlicher Vereinigung" mehrerer Grundstücke (§ $15^{III}$) und deutet damit den Begriff der wirtschaftlichen Einheit an, der früher in der AO. (§ $137^{II}$) und jetzt im Reichsbewertungsgesetz vom 10. August 1925 von so großer Wichtigkeit geworden ist[2]. Aber nicht nur für die Anliegerbeiträge und das Bewertungsrecht, auch für das Gewerberecht und sonstige Gebiete ist der Einheitsgedanke fruchtbar. So hatte einmal ein Schankwirt seinen Gewerbebetrieb in einem Teile der Wirtschaft über drei Jahre nicht ausgeübt. An sich hatte er dadurch das Recht zum Gewerbebetrieb nach § $49^{III}$ GewO. verloren. Da aber die Schankwirtschaft eine wirtschaftliche Einheit bildet, nützte die Ausübung des Betriebs in den übrigen Teilen auch dem unbenutzten Teile und hinderte das Erlöschen des Gewerberechts auch in diesem[3]. Neben solchen auf den Raum bezogenen Einheiten gibt es zeitliche Einheiten. Ein Gebäude z. B. brennt ab und wird wieder aufgerichtet. Ist der Ersatzbau ein Neubau oder bildet er, im rechtlichen Sinne, mit dem abgebrannten Bau eine Einheit? Von der Beantwortung der Frage kann, je nach dem geltenden Baurecht, abhängen, ob die für Neubauten vorgesehene Genehmigung nötig ist oder nicht. Namentlich spielt das Straßenanliegerrecht auch hier herein. Eine Gemeinde wollte einen Grundeigentümer zu den Kosten der Straßenherstellung heranziehen, weil er ein „Gebäude errichtet" habe; allerdings habe er nur ein älteres Gebäude in ein neues umgebaut, da jedoch das neue Gebäude über 90% neue Baustoffe gegenüber dem alten enthalte, komme das Vorhandensein des früheren Gebäudes nicht in Betracht. Mit Recht trat das preußische OVG. diesen Ausführungen entgegen[4]. Denn der Einheitsbegriff ist nicht sachgebunden. Wenn ich ein Haus Stein für Stein abtrage und mit denselben Steinen ein ganz anders gestaltetes neues Haus baue, dann liegt keine Einheit vor trotz Nämlichkeit des Stoffes. Wenn ich aber ein Haus derart ausbessere, daß im Laufe der Zeit die ursprünglichen Baustoffe alle verschwunden und durch neue ersetzt worden sind, ist trotzdem das Haus das nämliche wie vorher. Auch die Auffrischung eines alten Reklameschilds ist für die Frage

---

[1] Über solche und ähnliche Fragen vgl. die umfangreiche Rechtsprechung des PrOVG., z. B. 7. März, 21. März, 13. Mai, 19. Dez. 12, Entsch. 62, 179ff., 181ff., 194ff., 226ff.; 21. Juni, 4. Okt. 17, Entsch. 73, 126ff., 351ff. Vgl. auch SächsOVG. 13. Okt. 25, Jahrb. 29, 207ff.

[2] Für das ältere Steuerrecht vgl. PrOVG. 4. Juli 16, Entsch. 71, 31ff.

[3] PrOVG. 29. Apr. 26, JW. 1926 S. 2314. Vgl. auch PrOVG. 22. Nov. 17, Entsch. 74, 414f. (Eigenjagdbezirk).

[4] PrOVG. 19. Dez. 18, Entsch. 74, 107ff. Vgl. auch PrOVG. 12. Juni 14 u. 23. Sept. 20, PrVerwBl. 37 (1916) S. 184ff. u. 42 (1921) S. 463f.

der Genehmigungspflicht der Anbringung eines neuen Schildes nicht gleich zu achten[1]. Eine zeitliche Einheit liegt vielmehr immer vor, wenn sich das neue, verglichen mit dem alten, nicht wesentlich geändert hat, das Wort „wesentlich" nach dem Durchschnittsurteil der Allgemeinheit genommen[2].

Wichtiger noch, weil nicht so sehr in die Augen springend, ist die Erkenntnis, daß gewisse Gegenstände kraft Zubehörs an der rechtlichen Behandlung des Hauptgegenstandes teilnehmen, ja der Zubehörgedanke ist nicht auf Gegenstände beschränkt, sondern kann auch für Tätigkeiten fruchtbar werden[3]. In einigen Fällen hat das Gesetz ausdrücklich die Zubehöreigenschaft für wesentlicher erklärt als die dem Gegenstande für sich zukommende Eigenschaft, so bei kleineren Fabriken, die landwirtschaftliche Nebenbetriebe sind und deshalb nicht der gewerblichen, sondern der landwirtschaftlichen Unfallversicherung unterliegen (RVO. § 918f.). Wichtiger sind die im Gesetze unausgesprochenen, aber von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Wirkungen des Zubehörgedankens. So findet die GewO. nach ihrem §6 auf den Betrieb der Eisenbahnunternehmungen keine Anwendung. Zunächst denkt man hier nur an den Eisenbahnbetrieb selbst, also Schalterverkehr, Fahren der Züge. Zum Eisenbahnbetrieb gibt es aber noch allerlei Zubehör. Namentlich könnte man sich heute einen Eisenbahnbetrieb ohne Speisewagen und ohne Bahnhofswirtschaften kaum vorstellen. Die Speisewagen und Bahnhofswirtschaften sind also Zubehör des Eisenbahnbetriebs und nahmen als solches an dessen Freiheit von der GewO. schon teil, ehe noch das Gaststättengesetz vom 28. April 1930 es ausausdrücklich anordnete[4]. Ebensowenig gelten die Ladenschlußbestimmungen der Verordnung vom 18. März 1919 für Verkaufsstände innerhalb der Betriebsräume einer Eisenbahnverwaltung, wenn der Verkauf, z. B. von Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, ein Zubehör des Eisenbahnunternehmens bildet[5]. Aber auch innerhalb der GewO. selbst hat der Zubehörgedanke wichtige rechtliche Wirkungen. Da z. B. Musikunterhaltung herkömmlicher Weise zum Gast- und Schankwirtschaftsbetrieb gehört, ist sie mit Genehmigung des Wirtschaftsbetriebs ohne weiteres gestattet[6]. Filmaufführungen bedürfen nicht der theaterpolizeilichen Erlaubnis nach § 32 GewO.; anders, wenn sie mit schauspielerischen Vorträgen durchzogen sind, aber auch dann nur, wenn diese mehr sind als eine bloße Zutat[7]. Da der Inhaber eines Selterswasserhäuschens nach der allerdings sehr anfechtbaren, den Sprachgebrauch vergewaltigenden Rechtsprechung[8] zu den Schankwirten, früher im Sinne der GewO., jetzt im Sinne des Gaststättengesetzes zählt, darf er an seine Gäste auch außerhalb der für offene Verkaufsstellen freigegebenen Verkaufszeit Rauch- und Genußwaren in kleiner Menge zum sofortigen Gebrauch an Ort und Stelle verabreichen; denn derartige Verkäufe sind im Schankwirtschaftsbetrieb üblich, sind Zubehör von ihm. Aus dem gleichen Grunde kann das Blumenmädchen Sonntags in Gast- und Schankwirtschaften Blumen verkaufen, ohne gegen die Vorschriften

---

[1] PrOVG. 11. März 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 348.

[2] Vgl. PrOVG. 13. Juli 22, Entsch. 78, 385ff. (Änderung eines Wirtschaftslokals).

[3] Viele Beispiele in der Kieler Dissertation von C. ALBERS Bestandteil und Zubehör im deutschen Verwaltungsrecht 1923.

[4] GaststG. § 27[14], VO. v. 1. Juli 30. Aus der Zeit kurz vor Erlaß des GaststG. ThürOVG. 17. Juli 29, Jahrb. 13, 114ff.

[5] OLG. Dresden 18. März 25, SächsThürArchR. 2 (1925) S. 283ff. Anders die Vorschriften über Lehrlingshaltung beim Lehrling eines Bahnhofsfriseurs wegen Fehlens eines unmittelbaren Zweckzusammenhangs mit dem Eisenbahnbetrieb: OLG. Jena 14. März 30, ebenda 7 (1930) S. 385f.

[6] PrOVG. 22. März 17, Entsch. 72, 380ff. [7] PrOVG. 11. Juli 18, Entsch. 74, 453.

[8] PrOVG. 21. Jan. 26, Entsch. 80, 386ff.; BayObLG. 20. Febr. 28, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 498f. Hiergegen GIESE u. HEYLAND Die gewerberechtl. Stellung d. Selterswasserhäuschen 1928 u. Änderungsantrag Dr. SCHOLZ u. Gen. v. 6. Juli 28, RTDrucks. IV. Wahlper. Nr. 201.

über Sonntagsruhe zu verstoßen[1]. Unternehmer von Privat-Krankenanstalten sind an sich Gewerbetreibende. Wenn aber ein approbierter Arzt für die Zwecke seiner ärztlichen Tätigkeit eine Krankenanstalt einrichtet und in Betrieb setzt, vor allem, um überhaupt sich chirurgisch betätigen zu können, dann ist der Krankenhausbetrieb nur Zubehör zum freien ärztlichen Berufe und war daher z. B., als die freien Berufe noch nicht gewerbesteuerpflichtig waren, steuerlich bevorzugt[2]. Allerdings muß man auch hier immer den Zweck des Gesetzes beachten. So wollte einmal ein nicht approbierter Naturdoktor, der als Zubehör seines Gewerbes eine Badeanstalt betrieb, gegen die Schließung der Badeanstalt nach § 35 GewO. einwenden, sein Heilberuf sei unverbietbar und damit auch der Badebetrieb. Damit wäre ein approbierter Arzt durchgedrungen, da sich die Approbation auch auf solches Zubehör der ärztlichen Tätigkeit erstreckt. Aber die bloße Freiheit des ungeprüften Arztes kann nicht soweit reichen, auch Tätigkeiten zu decken, die einer besonderen polizeilichen Aufsicht unterliegen. Er fand daher vor dem preußischen OVG. mit Recht kein Gehör[3]. Außerhalb der GewO. finden sich Zubehörfragen z. B. bei Friedhöfen. Ist die Benutzung eines kirchlichen Friedhofs auch Bekenntnisfremden gestattet, so erstreckt sich die Gestattung im Zweifel auch auf die üblichen Feierlichkeiten, insbesondere das Halten von Grabreden. Das Wegerecht bringt andere Beispiele. Brücken, die im Zuge eines öffentlichen Weges liegen, gehören vielfach zum Wege und teilen dessen Rechtsverhältnisse[4]. Rinnsteine gehören in der Regel zum Fahrdamm und nicht zum Bürgersteig, brauchen daher vom Bürgersteigbaupflichtigen nicht mit angelegt zu werden[5], während wieder Vorgärten Zubehör des Hausgrundstücks, und nicht der Straße, darstellen und daher zum Zuständigkeitsgebiete der Bau-, nicht der Wegepolizei gehören[6]. Ähnliche Erwägungen finden sich im Wasserrecht. So teilen die künstlichen Nebenläufe eines natürlichen Wasserlaufs, die keinem selbständigen Sonderzwecke dienen, die rechtliche Eigenschaft des Hauptlaufes wegen Unterhaltungspflicht, verwaltungsgerichtlicher Zuständigkeit u. dgl.[7]. Im Baurecht verneinte einmal das OVG. die Zubehöreigenschaft von Glasdächern zu Balkonanlagen[8]. Der Bauherr hatte die polizeiliche Genehmigung für die Herstellung von Balkons erhalten. Er brachte Glasdächer über den Balkons an und berief sich darauf, daß mit der Genehmigung der Balkons auch die Glasdächer als Zubehör des Balkons genehmigt seien, drang aber mit seiner Behauptung nicht durch. Das Beispiel zeigt zugleich, wie sehr der Zubehörbegriff von den allgemeinen Anschauungen abhängt. In sonnigen Gegenden wird man vermutlich weniger streng über die Bedachung eines Balkons denken.

Die Beispiele ließen sich leicht vermehren. Aber auch sie schon zeigen, zu welch unerwarteten Ergebnissen — Selterswasserhäuschen, Krankenanstalt des Arztes! — bisweilen der Zubehörgedanke führt.

## V. Zustände und Begebenheiten.

Nun erst, da der Raum mit Gegenständen angefüllt ist, ist die Grundlage für die Verwirklichung aller denkbaren Tatbestände geschaffen. Der Tatbestand kann ein Zustand sein, d. h. etwas in zwei sich folgenden Zeitpunkten Gleichbleibendes, oder eine Begebenheit. So sind die Baufälligkeit eines Hauses, der grelle Anstrich

---

[1] KG. 26. Okt. 08, Reger 29, 362f.; dagegen v. LANDMANN-ROHMER GewO. II[7] 1925 S. 275.

[2] Vgl. aus den letzten Jahren HessVGH. 21. Jan. 28, Entsch. 8, 71f.; ferner PrOVG. 26. Nov. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 214.

[3] PrOVG. 14. Apr. 19, Entsch. 75, 424ff.

[4] Z. B. PrOVG. 17. Mai 00, Entsch. 37, 257ff. Vgl. auch PrOVG. 5. Okt. 16, Entsch. 71, 347ff.

[5] PrOVG. 29. März 17, Entsch. 73, 328ff.

[6] PrOVG. 17. Febr. 14, Entsch. 67, 432ff.

[7] PrOVG. 20. März 24, Entsch. 79, 149ff., 183ff.

[8] PrOVG. 5. Dez. 13, Entsch. 66, 422ff.

einer nach Süden gerichteten Wand, das Bemaltsein eines Bretterzaunes mit friedenstörenden Farben, die Nähe eines Schornsteins bei einer Pulverfabrik Zustände, die die Polizei zum Einschreiten berechtigen. Noch häufiger sind Begebenheiten als Tatbestände: Ausbruch eines Löwen, Herumlaufen eines Hundes ohne Maulkorb, Feuersbrünste, Hochwasser, Verbringung von zollpflichtigen Gegenständen über die Grenze, Spielen eines Orchestrions an Sonntagen usw. Auch der Mensch kann seine Würde als Rechtssubjekt verlieren und reiner Gegenstand eines verwaltungsrechtlich bedeutsamen Zustands oder einer solchen Begebenheit werden. Das Verlaustsein eines Menschen z. B. berechtigt den Staat u. U. zur Einleitung der Zwangsentlausung gegen ihn, das Auffinden eines ausgesetzten Kindes verpflichtet die Polizei zu Fürsorgemaßnahmen, der Tod eines Menschen zieht Meldepflichten und, wie früher gezeigt, unter Umständen auch eine Leichenablieferungspflicht nach sich.

Die verwaltungsrechtliche Erheblichkeit eines Zustands oder einer Begebenheit zu erkennen, ist nicht immer leicht. Namentlich ist es möglich, daß der mehr an das begriffliche Denken gewöhnte Beamte des höheren Dienstes über Dinge hinwegsieht, die ihn nahe angehen. So hat er vielleicht die Vorschriften über unerlaubte Glücksspiele gut im Kopfe, geht aber doch ahnungslos an einem Ringwurfspiel oder einem Kegelspiel mit Schwebekugel vorbei, da er nicht weiß, welche Bewandtnis es mit diesen Spielen hat. Oder er hat persönlich eine Verordnung über den Maulkorbzwang für Hunde mit Ausnahme der Jagdhunde erlassen, weiß aber nicht, ob er den Wolfshund zu den Jagdhunden rechnen soll oder nicht, oder kennt vielleicht nicht einmal die äußere Gestalt der Jagdhunde. So bedauerlich solche Weltfremdheit ist, so wird sie doch durch eine gewisse Arbeitsteilung ausgeglichen. Das „Auge des Gesetzes", also der Polizeibeamte im Außendienst und der jetzt „Landjäger" benannte Gendarm, sieht, was seinem Vorgesetzten entgangen ist. Eine besondere Schulung befähigt jene Beamten des mittleren und unteren Dienstes, die für ihren Bereich bedeutsamen Tatsachen aus der Welt der Anschauung in die der Begriffe überzuleiten.

Zu den Begebenheiten gehören vor allem auch menschliche Handlungen, sei es des einzelnen, sei es des Staates. Von jenen sei zuerst die Rede.

### VI. Handlungen des einzelnen.

Wenn die Handlungen zu den Tatbeständen gehören, die ein Rechtsverhältnis begründen, ändern und aufheben, und wenn die Rechtsverhältnisse ein Sollen, Dürfen und Können zum Gegenstande haben, so ist es das Gegebene, die Handlungen zu jenem Sollen, Dürfen und Können in Beziehung zu setzen. Nimmt man das Dürfen vorweg, so erhält man die rechtlich gleichgültigen Handlungen. Handlungen dagegen, die einem Sollen entsprechen, sind Erfüllungshandlungen, solche, die ihm widersprechen, unerlaubte Handlungen. Endlich gibt es Handlungen, durch die der einzelne eine ihm verliehene Rechtsmacht ausübt, und die nach dem Vorbilde des BGB. Willenserklärungen genannt seien.

**1. Rechtlich gleichgültige Handlungen** sind alle in der dem einzelnen gewährten freien Sphäre sich abspielenden Handlungen und Unterlassungen. Die Wohnungsfreiheit bedeutet neben anderm, daß der Wohnungsinhaber innerhalb seiner vier Wände in den Grenzen des Erlaubten tun und lassen kann, was er will, die Widmung einer Straße für den freien Verkehr, daß man auf der Straße beliebig rasch gehen oder auch stehen bleiben kann, soweit man dadurch den Verkehr nicht stört, die Preßfreiheit, daß man veröffentlichen kann, was einem behagt. Eben deshalb sind die rechtlich gleichgültigen Handlungen keine verwaltungsrechtlichen Tatbestände, sondern deren Verneinung. Sie bedeuten, daß die Polizei oder die Finanzbehörde, oder wer sonst etwa in Betracht kommt, nicht befugt ist, eine Handlung dieser Art als Anlaß zum Einschreiten zu benutzen.

**2. Erfüllungshandlungen** sind die einer wirklichen oder angenommenen Rechtspflicht entsprechenden Handlungen. Soweit sie in der Unterlassung allgemein verbotener Betätigungen bestehen, fällt ihre Beziehung zum Rechte nicht auf. Millionen von Menschen erfüllen tagtäglich die Pflicht, auf der Straße nicht zu rasch zu fahren, dadurch, daß sie zu Hause bleiben. Erst die Erfüllung einer positives Handeln erfordernden Pflicht macht die Handlung rechtlich bedeutsam. Hierbei begegnet uns zunächst

a) die Beendigung eines Rechtsverhältnisses durch Erfüllung. A soll seinen Ofen einen Meter von der Wand entfernen und tut es, B zahlt die Steuern, zu denen er veranlagt worden ist, C schippt den Schnee vor seinem Hause, D verläßt, dem Ausweisungsbefehl gehorchend, das Staatsgebiet, die Gemeinde E übernimmt den von ihr zu unterstützenden Hilfsbedürftigen von der vorläufig unterstützenden Gemeinde in eigene Fürsorge, die Gemeinde F setzt den vom Regierungspräsidenten verlangten Ausgabeposten in den Haushaltsplan ein. In all diesen Fällen bringt die Erfüllungshandlung das Rechtsverhältnis zum Erlöschen, die bisher Verpflichteten A bis F werden von ihrer Verpflichtung frei.

Neben der Erfüllung kennt das bürgerliche Recht die Hingabe an Erfüllungsstatt. Es ist klar, daß sie auch im öffentlichen Rechte nur mit Zustimmung des Forderungsberechtigten zulässig ist, soweit es überhaupt in dessen Macht liegt, einer anderen Erfüllungsart zuzustimmen. Nur darf man nicht übersehen, daß gewisse dem einzelnen auferlegte Pflichten solche mit anderweitiger Befreiungsmöglichkeit sind. So bestimmte § 42 des Reichsnotopfergesetzes vom 31. Dezember 1919, daß der Abgabepflichtige die Steuer außer in bar durch Hingabe anderer Vermögenswerte, namentlich von Kriegsanleihe, entrichten konnte. Vor allem sind Polizeibefehle so gemeint, daß der Pflichtige ihnen auch in anderer als in der von der Behörde angegebenen Weise nachkommen kann. Ein Schlachtermeister z. B. hat außen an seinem Laden einen Fleischhaken so tief angebracht, daß die Hunde das daran hängende Fleisch beschnuppern können. Die Polizei befiehlt daher, den Haken höher anzubringen. Offenbar ist diesem Befehle auch dann Genüge geschehen, wenn der Schlachtermeister den Haken ganz entfernt. Der im Polizeirecht so wichtige Grundsatz, daß zwischen zwei einen polizeimäßigen Zustand herbeiführenden Mitteln die Wahl dem Verpflichteten zusteht[1], kommt in der anderweitigen Befreiungsmöglichkeit klar zum Ausdruck.

Eine besonders geartete Erfüllungshandlung ist die Aufrechnung, und es erhebt sich die wichtige Frage, ob der zu einer öffentlichrechtlichen Geldzahlung Verpflichtete mit einer ihm zustehenden Gegenforderung aufrechnen kann. Ein Buchhändler hat z. B. 100 RM an Einkommensteuer zu zahlen, hat aber aus Bücherlieferungen an das Finanzamt eine Gegenforderung von ebenfalls 100 RM. Kann er die Steuerschuld durch Aufrechnung mit der Gegenforderung tilgen? Die Frage ist jetzt für den Bereich der Reichsabgabenordnung durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung entschieden (§ 103). „Die Steuerpflichtigen sind berechtigt, gegen Steueransprüche mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen aufzurechnen“. Anders als im BGB. (§ 395) ist Voraussetzung der Aufrechnung hier nicht, daß die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist[2]. Weshalb bedurfte es einer ausdrücklichen Bestimmung in der AO. über die Aufrechnung, da es doch selbstverständlich zu sein scheint, daß die bargeldlose Aufrechnung dem umständlichen Hin- und Herreichen der Geldscheine oder der Überweisung und Rücküberweisung der geschuldeten Beträge vorzuziehen ist? Der Grund liegt auf dem Gebiete des Prozeßrechts. Die Gegenforderung ist ja möglicherweise bestritten. Wie nun, wenn der Steuerpflichtige mit der bestrittenen Forderung aufzurechnen sucht?

---

[1] Vgl. unten S. 439f.

[2] Vgl. O. BÜHLER Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 S. 217.

Dann müßten das Finanzamt oder die sonst zuständigen Finanzbehörden über die Begründetheit der Gegenforderung entscheiden. Vielleicht ergeht sogar eine Entscheidung des Reichsfinanzhofs darüber. Nun bestimmt aber § 322 $^{\text{II}}$ ZPO.: „Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrags, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig". Es ist also bei sinngemäßer Anwendung dieser Vorschrift die Gefahr vorhanden, daß der für privatrechtliche Ansprüche unzuständige Reichsfinanzhof doch rechtskräftig über das Vorhandensein der privatrechtlichen Gegenforderung entscheidet. Daher enthält § 103 AO. jedenfalls für alle jene Fälle eine allgemeine Regel, in denen über Forderung und Gegenforderung verschiedene Behörden zu entscheiden haben[1]. Die Stadtgemeinde hat z. B. aus ortspolizeilicher Ersatzvornahme — zwangsweiser Geradebiegung eines in die Straße hereinragenden Gitters — einen Ersatzanspruch an den Eigentümer des Gitters; der Eigentümer glaubt, die Gemeinde wegen Absperrung des Wassers auf Schadensersatz belangen zu können. Da über die Forderung der Polizei der Verwaltungsweg oder der Verwaltungsrechtsweg offensteht, über die Gegenforderung aber die ordentlichen Gerichte entscheiden, ist auch hier die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Gegenforderung unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist. Der Fall, daß über Forderung und Gegenforderung die gleichen Verwaltungsbehörden und -gerichte zu entscheiden haben mit der Wirkung, daß auch mit bestrittenen Gegenforderungen aufgerechnet werden kann, wird beim heutigen Zustande unserer Verwaltungsgerichtsbarkeit nur selten vorkommen, da meist zum mindesten das Verfahren für die Geltendmachung der Gegenforderung anders sein wird als das Verfahren zur Abwehr der Forderung. Nehmen wir an, im letztgenannten Falle sei die Gegenforderung auf Rückerstattung zuviel gezahlter Gebühren gerichtet, so entscheidet zwar in Preußen im höchsten Rechtszug beide Male das OVG. Aber über die Heranziehung zu Gebühren findet erst das Einspruchsverfahren statt, während gegen polizeiliche Verfügungen entweder unmittelbare Anrufung der Verwaltungsgerichte gestattet ist oder nach Erledigung des Beschwerdewegs das OVG. im ersten und letzten Rechtszug entscheidet[2]. Auch hier also würde es bei der Regel der AO. bewenden.

b) Die Begründung eines Rechtsverhältnisses durch Erfüllung ist dort möglich, wo der Erfüllende nicht endgültig verpflichtet ist. Der Fürsorgeverband unterstützt z. B. einen erkrankten Arbeiter und erwirbt dadurch einen Ersatzanspruch an die Krankenkasse, bei der der Arbeiter versichert ist (RVO. §§ 1531 ff.). Oder der vorläufig verpflichtete Fürsorgeverband zahlt pflichtgemäß die Begräbniskosten für einen Unterstützungsbedürftigen und begründet dadurch eine Ersatzverpflichtung des endgültig verpflichteten Fürsorgeverbandes[3]. Die Gründe, die dazu führen, auch solche Ersatzverbindlichkeiten zwischen Gleichgeordneten dem öffentlichen Rechte zuzuweisen, wurden an anderer Stelle entwickelt (oben S. 51ff.).

Einen besonderen Fall der Begründung eines Rechtsverhältnisses durch Erfüllung bildet die Erfüllung einer Nichtschuld. Ein Vater zahlt Schulgeld, obgleich er wegen Kinderreichtums von der Verpflichtung frei war, ein Hausbesitzer Anliegerbeiträge, die zu Unrecht von ihm gefordert wurden, ein Steuerzahler eine Abgabe, die er schon einmal entrichtet hatte, ein Beamter den Beitrag zu einer ohne sein Wissen aufgehobenen Witwenkasse. Auch ohne besondere gesetzliche Vorschrift kann das zu Unrecht Gezahlte zurückgefordert werden. Nach klassischer Auffassung ist es ein Satz des natürlichen Rechts, daß niemand zum Schaden

[1] Vgl. PrOVG. 18. Jan. 21, Entsch. 76, 139ff.; WürttVGH. 27. Okt. 09, WürttJ. 22 (1911) S. 227f.

[2] KAbgG. v. 14. Juli 93 § 69; LVG. §§ 127f.

[3] FürsorgepflichtVO. v. 13. Febr. 24 § 14 $^{\text{I}}$.

eines andern ohne Rechtsgrund bereichert werde[1]. Der Satz entspricht so sehr dem natürlichen Rechtsempfinden, daß er auch im Verhältnis des einzelnen zum übergeordneten Staate gilt. Auch der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wonach keine Leistung dem Staate geschuldet wird, es sei denn auf Grund eines Gesetzes, rechtfertigt den Rückforderungsanspruch dessen, der irrtümlicherweise gezahlt hat. Der Anspruch gehört, wie wir wissen (oben S. 51), kraft Umkehrung dem öffentlichen Rechte an, unterliegt also der ordentlichen Gerichtsbarkeit im allgemeinen nur dann, wenn das ganze Rechtsverhältnis den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung zugewiesen ist. In diesem Sinne regelt besonders eingehend die AO. den Erstattungsanspruch (§§ 127ff.); sie schließt den ordentlichen Rechtsweg ausdrücklich aus (§ 227). Aber auch ohne solche gesetzlichen Bestimmungen kann der angeblich Geschädigte eine Verwaltungssache nicht auf dem Umweg über die Erstattungsklage zur Justizsache machen. Ja, selbst wenn über die ursprüngliche Zahlungspflicht die Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben, wie bei den Straßenkostenbeiträgen, versteht es sich angesichts der engen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit geltenden Zuständigkeitsbestimmungen nicht von selbst, daß der Geschädigte Klage auf Rückerstattung vor den Verwaltungsgerichten erheben kann. Hat er im Heranziehungsverfahren Recht bekommen, so ist es einfache Amtspflicht der städtischen Behörde, das zu Unrecht Erhobene zu erstatten[2]. Vor allem kann der Herangezogene nicht auf dem Umweg über den Erstattungsanspruch eine im Heranziehungsverfahren versäumte Rechtsmittelfrist nachholen. Ist der, wenn auch zu Unrecht ergangene, Heranziehungsbeschluß rechtskräftig geworden, dann entfällt die Erstattungspflicht der Gemeinde. Auch die Aufsichtsbehörde kann sie nicht mehr zur Erstattung anhalten[3]. Nur wenn ein höchstrichterlicher Spruch den Steuerrechtssatz für ungültig erklärt, verlangt die Gerechtigkeit, dem Steuerpflichtigen, etwa unter sinngemäßer Anwendung des § 214$^{\text{II}}$ AO., die nachträgliche Anfechtung der früheren Heranziehung zu gestatten.

Endlich ist in diesem Zusammenhange noch die Erfüllung eines nicht gegebenen, bloß vermuteten Auftrags, bekannt unter dem Namen der Geschäftsführung ohne Auftrag, zu erwähnen. Gibt es derartiges im öffentlichen Recht und hat es, wenn ja, Ersatzansprüche zur Folge? Das Verhältnis des vorläufig unterstützenden Fürsorgeverbandes zum endgültig verpflichteten, das man schon als Beispiel für Geschäftsführung ohne Auftrag angeführt hat[4], gehört nicht hierher, da der vorläufig unterstützende Verband eine eigene gesetzliche Pflicht erfüllt und nicht im vermuteten Auftrage des endgültig verpflichteten Verbandes handelt. Zur Geschäftsführung ohne Auftrag gehört aber Freiwilligkeit auf seiten des Geschäftsführenden. Hierbei ist ohne weiteres klar, daß der einzelne nie in die Lage kommen kann, für die Vornahme obrigkeitlicher Handlungen Ersatz zu verlangen; obrigkeitliche Handlungen einer Privatperson ohne staatlichen Auftrag gibt es nicht. Also bleiben nur Handlungen übrig, die für sich betrachtet nichts Öffentlichrechtliches an sich haben und nur deshalb dem öffentlichen Rechte angehören, weil sie Gegenstand einer öffentlichrechtlichen Pflicht sind. Die Regierungskasse hat z.B. augenblicklich kein Geld zur Bezahlung der Beamtengehälter; um der dringendsten Not zu steuern, zahlt ein Privatmann einen Teil der Gehälter vorschußweise. Oder eine Gemeinde ist verpflichtet, die Dienstwohnung des Volksschullehrers wohnlich einzurichten; bei Beginn des Winters fehlen noch die Öfen, und der Lehrer läßt selbst einen Ofen setzen. Der Arzt findet einen Menschen bewußtlos auf der Straße liegen

[1] l. 206 D. 50, 17. Aus Billigkeitsgründen bürdet denn das HambOVG. dem ungerechtfertigt bereicherten Steuerfiskus auch ohne besondere Vorschrift (vgl. AO. § 132) eine Verzinsungspflicht auf: 9. Juli 30, DJZ. 1931 Sp. 174. Vgl. auch ÖVerwGH. (Pl.) 12. Jan. 31, JBl. 60 (1931) S. 107, ferner oben S. 154 N. 1.

[2] PrOVG. 7. März u. 8. Okt. 18, Entsch. 74, 72ff. u. 137ff.

[3] PrOVG. 18. Febr. 15, Entsch. 69, 75ff.

[4] Fleiner[3] S. 173f. N. 5, in der 8. Aufl. S. 181f. N. 4 nur noch für die Schweiz behauptet.

und nimmt sich seiner an; der Bewußtlose gehört zu den Hilfsbedürftigen, für die der Fürsorgeverband sorgen muß. Mein Nachbar ist verreist; da ich höre, daß er wegen einer Steuerschuld gepfändet werden soll, zahle ich die Steuer für ihn. In all diesen Fällen verlangt doch offenbar die Billigkeit, daß der Geschäftsführer für seine Auslagen oder seine Tätigkeit oder seinen Schaden Ersatz erhält. So ist es auch. Aber der Ersatzanspruch gehört nicht dem öffentlichen, sondern dem bürgerlichen Rechte an[1]. Es handelt sich nicht um die sinngemäße Anwendung des bürgerlichen Rechts auf öffentlichrechtliche Verhältnisse, sondern um die unmittelbare Anwendung des bürgerlichen Rechts. Dies wird deutlich, wenn jene Regierungskasse dem Privaten, der Magistrat dem Volksschullehrer, der Fürsorgeverband dem Arzt, mein Nachbar mir einen Auftrag zur Auszahlung der Gehälter, zum Setzen des Ofens, zur ärztlichen Behandlung des Kranken, zur Entrichtung der Steuer erteilt hätten. Hier würde niemand an der Privatrechtlichkeit der Aufträge zweifeln. Also leuchtet ein, daß auch die Geschäftsführung ohne Auftrag keiner höheren Sphäre des Rechts angehören kann.

**3. Unerlaubte Handlungen und Unterlassungen.** Das Gegenstück zur Erfüllung als der einem Sollen entsprechenden Handlung bildet die einem Sollen widersprechende Handlung und Unterlassung. Wie sich der Staat in der Verwaltung zu ihnen verhält, wie er ihnen mit Strafe, mit Verhütungsmaßregeln, mit Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen begegnet, dies zu zeigen, bleibt späteren Teilen der Darstellung vorbehalten. Hier sei nur auf die eine allgemeine Folge alles verwaltungsrechtlich Unerlaubten hingewiesen: die Auslösung verwaltungsrechtlichen Zwanges. Unvollkommene Gesetze, leges imperfectae, in dem Sinne, daß der Staat etwas bindend vorschreibt, aber die Durchsetzung des Befohlenen mittels Zwanges nicht gestattet, gibt es im Verwaltungsrecht nicht. Dagegen sind nicht alle verwaltungsrechtlich unerlaubten Handlungen und Unterlassungen strafbar. Es ist etwas zur Zeit in Deutschland noch Ungewohntes, wenn § 377 AO. eine Ordnungsstrafe gegen alle die androht, die „den im Interesse der Steuerermittlung oder Steueraufsicht erlassenen Vorschriften der Steuergesetze oder der dazu ergangenen und öffentlich oder den Beteiligten besonders bekanntgemachten Verwaltungsbestimmungen durch andere als die in den Steuergesetzen unter Strafe gestellten Handlungen oder Unterlassungen zuwiderhandeln“. Verallgemeinert würde der Satz lauten: „Bestraft wird, wer einer verwaltungsrechtlichen Pflicht durch Handlung oder Unterlassung zuwiderhandelt“. Allein eine solche Vorschrift gibt es noch nicht.

**4. Willenserklärungen und Entgegennahme von solchen.** Nach Betrachtung der rechtlich gleichgültigen, der unerlaubten und der Erfüllungshandlungen bleiben nur noch die mit einem rechtlichen Können in Verbindung stehenden Handlungen übrig, aktiv die Willenserklärungen, passiv die Entgegennahme von solchen.

Um mit den letzten zu beginnen, so sind Beispiele dafür die Beteiligung des Beamtenanwärters, des Steuerpflichtigen, des ein Patent Begehrenden bei Zustellung der Anstellungsurkunde, des Steuerbescheids, der Patenterteilung an sie. Auf ihrer Seite sind die einzigen Voraussetzungen für die Gültigkeit der Zustellung Geschäftsfähigkeit in dem früher dargelegten Sinne oder, wenn sie nicht persönlich sich beteiligen, Gültigkeit der Vertretung. Mehr als passiv beteiligt ist der einzelne bei der Entgegennahme amtlicher Verfügungen nicht. Er braucht, um die Zustellung gültig zu machen, nicht einmal Kenntnis von ihr zu nehmen. Es genügt, daß das Schriftstück vorschriftsmäßig in seinen Machtbereich gelangt ist.

Willenserklärungen des einzelnen dem Staate gegenüber sind namentlich die auf allen Verwaltungsgebieten vorkommenden Anträge, dann Zustimmungen,

---

[1] Vgl. auch oben S. 52.

Verzichte, Amtsniederlegungen, Zurücknahmeerklärungen[1]. Im Beamtenrecht z. B. ist es die Erklärung der Bereitwilligkeit zum Eintritt in den Staatsdienst, im Finanzrecht der Einspruch gegen einen Steuerbescheid oder der Antrag auf Erstattung einer zu Unrecht erhobenen Steuer, im Enteignungsverfahren der Abschluß eines sog. Enteignungsvertrages, im Rechte der öffentlichen Lasten die Übernahme der Straßenreinigung für einen andern, im Polizeirecht der Antrag auf Gewerbegenehmigung, im Rechte der öffentlichen Sachen die Zustimmung des Eigentümers zur Widmung seines Grundstücks für den öffentlichen Verkehr, bei den öffentlichrechtlichen Anstalten das Gesuch um Aufnahme in eine höhere Schule, bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts der Antrag auf Gewährung der Mitgliedschaft in ihnen. In diesen und in ähnlichen Fällen erhebt sich die Frage, nach welchen Bestimmungen sich die Wirksamkeit solcher Erklärungen richtet. Die Frage begegnete schon einmal im Zusammenhange mit der Geschäftsfähigkeit (oben S. 166f.). Doch versteht sich keineswegs von selbst, daß die sinngemäße Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über Geschäftsfähigkeit auch die Anwendung der übrigen Vorschriften des BGB. über die privaten Willenserklärungen, wie die über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, nach sich zieht. Schon das Eherecht mit seiner anders gearteten Eheanfechtbarkeit und Ehenichtigkeit gibt zu denken. Auch im Zivilprozeß unterliegt die Erhebung der Klage, doch auch eine private Willenserklärung, andern Regeln als private Rechtsgeschäfte[2]. Ebenso hat die kraft ungeschriebenen Rechtes zulässige[3] Zurückweisung einer Eingabe wegen Ungehörigkeit des Tones kein privatrechtliches Gegenstück. Die sinngemäße Anwendung des BGB. ist vielmehr nur dann gegeben, wenn die Ähnlichkeit mit bürgerlichrechtlichen Verhältnissen in die Augen springt, wie beim Abschluß eines Enteignungsvertrags, bei der letztwilligen Anordnung der Feuerbestattung, bei der Frage der Zulässigkeit stillschweigender Willenserklärungen[4]. Bei den einseitigen Anträgen dagegen, diesen wichtigsten privaten Willenserklärungen dem Staate gegenüber, sind die Vorschriften des BGB. über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit meist unnötig, da der gesetzwidrige Antrag, statt nichtig zu sein, abgewiesen werden wird, der irrtümliche Antrag aber in den meisten Fällen den Antragsteller nicht bindet, sondern zurückgenommen werden kann. Es ist also jedesmal zu untersuchen, ob das Gesetz nicht einen Ausweg zeigt, der dem öffentlichen Rechte mehr gemäß ist als der vom BGB. gewiesene. Auch so noch bleibt das BGB. für öffentlichrechtlich weniger ausgeprägte Fragen die letzte Zuflucht, wenn mit seiner Hilfe Einhelligkeit der Entscheidung zu erzielen ist. Ganz klar ist dies beim Erklärungswiderruf. Nach § $130^{I}$ BGB. wird die einem andern gegenüber abzugebende Willenserklärung nicht wirksam, wenn ihm vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. „Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist" (§ $130^{III}$). Gedacht ist nur an die mit dem Privatrecht zusammenhängenden Erklärungen, z. B. die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte nach § $1597^{I}$, doch findet die Vorschrift sinngemäß auch im Verwaltungsrecht Anwendung, z. B. bei der Rücknahme eines an sich unwiderruflichen[5] Rechtsmittelverzichts. Auch die Vorschriften des BGB. über Vertretung, Vollmacht und Genehmigung können für das öffentliche Recht von Nutzen sein. Übernimmt z. B. ein Vertreter ohne Vertretungsmacht der Polizeibehörde gegenüber für den Vertretenen die Straßenrei-

[1] Vgl. PrOVG. 19. Juni 13, Entsch. 65, 134ff.; BraunschwVGH. 10. Dez. 13, BraunschwZ. 61 (1914) Beil. S. 9ff.; WürttVGH. 21. Dez. 04, WürttJ. 17 (1906) S. 243f. Vgl. auch die am Kopfe des Paragraphen genannte Schrift von Bürger, ferner oben S. 199f. (Pflichtübernahme).

[2] Vgl. Hellwig System des deutschen Zivilprozeßrechts I 1912 S. 455ff.

[3] Vgl. OldOVG. 11. Dez. 15, OldZ. 43 (1916) S. 93f.

[4] Z. B. PrOVG. 21. Okt. u. 12. Dez. 18, Entsch. 74, 420ff. u. 425ff.

[5] PrOVG. 10. Dez. 29, JW. 1930 S. 3503f.; BayVGH. 31. Okt. 30, Samml. 51, 139; auch PrOVG. 4. Jan. 16, Entsch. 70, 461ff. (Klagewiderruf).

nigungspflicht oder der angebliche Eigentümer einer Fabrik als Eigentümer die Kosten für die Herstellung und Unterhaltung eines öffentlichen Weges, so sind die Übernahmeerklärungen schwebend bedingt und werden durch die Genehmigungserklärungen des Vertretenen und des wirklichen Eigentümers voll wirksam (§§ 180, 185).

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß nicht alle Erklärungen Privater dem Staate gegenüber Willenserklärungen sind. Es gibt auch Wissenserklärungen, wie die Steuererklärung oder die Anzeige von der Geburt eines Kindes, dem Ausbruch einer Krankheit, dem Inhalt eines verschlossenen, über die Zollgrenze zu bringenden Behälters. Für sie gelten die Vorschriften des BGB. über Rechtsgeschäfte noch weniger. Ihre wesentliche Beziehung zum Rechte ist, daß sie fast immer Erfüllungshandlungen sind und daß dann ihre Abgabe bei inhaltlicher Unrichtigkeit oder ihre Unterlassung unerlaubte Handlungen darstellen.

### VII. Handlungen des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt.

Von den Handlungen des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt überragt alle andern an Bedeutung der Verwaltungsakt als die obrigkeitliche Willensäußerung. Ihm wird daher ein besonderer Paragraph (§ 11) gewidmet. Daneben gibt es noch andere Betätigungen des Staates, die hier vorwegzunehmen sind. Wir folgen der bei den Handlungen des einzelnen eingeschlagenen Reihenfolge.

Rechtlich gleichgültige Handlungen des Staats im strengen Wortsinne gibt es nicht, da jede Staatshandlung zum mindesten unter dem Gebote der Pflichtmäßigkeit steht. Auch die Selbstverwaltungskörper dürfen innerhalb der ihnen gewährten Freiheit nicht willkürlich verfahren.

Dagegen gibt es Erfüllungshandlungen auf seiten des Staats genau so wie auf seiten des einzelnen. Auch die Frage der Erfüllung einer Nichtschuld begegnet hier häufig. Die Landesversicherungsanstalt zahlt z. B. Rentenbeträge, obgleich sie hierzu laut einer späteren rechtskräftigen Entscheidung nicht verpflichtet war. Oder die Staatskasse zahlt versehentlich ein zu hoch berechnetes Beamtengehalt aus. Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, hat der Zahlende einen Anspruch auf Rückzahlung[1]. § 1320 der Reichsversicherungsordnung erkennt einen solchen Anspruch als selbstverständlich an, wenn es dort heißt: „Die Versicherungsanstalt braucht Rentenbeträge nicht zurückzufordern, die sie vor rechtskräftiger Entscheidung nach dem Gesetze zahlen mußte.“ Daher sind es nur Billigkeitserwägungen, wenn im Beamtenrecht das zuviel gezahlte Gehalt vielfach wenigstens von den Hinterbliebenen nicht zurückverlangt wird[2]. Wie aber, wenn der Staat Rückzahlung verlangt und der Empfänger nicht mehr bereichert ist? Der Beamte hat z. B. im Vertrauen auf die Richtigkeit der Zahlung eine Auslandsreise gemacht, die ihm zwar Anregungen und Erholung, aber nichts Geldwertes gebracht hat. Das BGB. entscheidet in solchen Fällen zugunsten des Empfängers (§ $818^{III}$): „Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.“ Grundsätzlich steht der sinngemäßen Anwendung der Bestimmung im Beamtenrecht nichts im Wege[3]. Doch können die Beamtengesetze der Länder die Rückforderung auch in solchen Fällen zulassen[4]. Eine dahingehende Bestimmung enthält z. B. § $39^{III}$ des preußischen

---

[1] Vgl. z. B. RG. III 12. Juni 23, RGZ. 107, 189ff.

[2] BRAND Beamtenrecht³ 1928 S. 144.

[3] BRAND a. a. O. S. 145 (Reichsbeamte). Vgl. über die bestrittene Frage auch die Aufsätze von BOETERS, DELIUS, MENZEL und APPELIUS im PrVerwBl. 48 (1927) S. 39ff., 123f., 448, 527f., sowie die Anmerkung von FRIEDRICHS in der JW. 1928 S. 2452f. Über beamtenrechtliche Erstattungsansprüche allgemein insbesondere LASSAR Erstattungsanspruch 1921 S. 210ff.

[4] Das Reich ging bisher mit Beispiel voran: § $34^{IV}$ des alten BesoldG. (Bek. v. 26. Okt. 22) i. d. Fassung d. PersAbbauVO. Art. 9 Ziff. V, sieht aber heute die Rückforderung nicht mehr vor: § 39 BesoldG. v. 16. Dez. 27. Vgl. auch RVersorgG. 5. Febr. 30, Entsch. 9, 74ff.

Besoldungsgesetzes vom 17. Dezember 1927: „In allen übrigen (d. h. nicht durch Gesetzesänderung hervorgerufenen) Fällen sind zuviel erhobene Dienstbezüge, Wartegelder, Ruhegehälter, Übergangsgebührnisse und Hinterbliebenenbezüge, auch soweit eine Bereicherung nicht mehr vorliegt, zurückzuzahlen". Der Anspruch auf Zurückzahlung gehört dem öffentlichen Rechte an, wenn der Zahlungsanspruch ihm angehört. Klar und folgerichtig verfährt auch hier die AO.: die gegen Steuerbescheide gegebenen Rechtsmittel sind auch gegen Bescheide zugelassen, „durch die erstattete oder vergütete Beträge zurückgefordert werden" (§ $223^{4}$).

Die wenig fruchtbare Frage nach der Möglichkeit unerlaubter Handlungen des Staats[1] bedarf hier keiner Beantwortung. Jedenfalls gibt es unerlaubte Handlungen der Beamten, die sie in dieser ihrer Eigenschaft begehen und die Rechtsfolgen zum Nachteile des Staates nach sich ziehen. Die Amtshaftung nach RV. Art. 131 ist sogar ein wichtiger Teil der zugunsten des einzelnen vorgesehenen Rechtsschutzeinrichtungen.

Bei der Entgegennahme von Erklärungen seitens des Staats muß man unterscheiden, ob die Behörde völlig untätig dabei ist oder den einzelnen zuvor irgendwie ermächtigt, die Erklärung abzugeben. Ist das letzte der Fall, wie bei der Abnahme von Eiden und mündlichen eidesstattlichen Versicherungen und bei dem „Bereitsein" des Standesbeamten zur Entgegennahme der Heiratserklärungen der Verlobten (BGB. § $1317^{I}$), so gehören die Betätigungen der Behörde zu den behördlichen Willenserklärungen. Die reinen Entgegennahmen von Erklärungen finden sich vor allem bei der Einlegung von Rechtsmitteln. Schwierigkeiten bereitet hier die Frage des wirksamen Zugehens. Erste Voraussetzung ist dabei die sachliche Zuständigkeit der Behörde[2]. Der Satz der RVO., daß eine Rechtsmittelfrist auch dann gewahrt ist, „wenn das Rechtsmittel bei einer anderen inländischen Behörde ... eingegangen ist", als der zuständigen (§ $129^{II}$), erklärt sich nur aus dem außergewöhnlich freundlichen Geiste der für die arbeitende Bevölkerung erlassenen RVO. und darf auf andere Verhältnisse nicht ausgedehnt werden. Weitere Voraussetzung ist, daß die abgegebene Erklärung in den Machtbereich der Behörde gelangt. Einwurf in den Briefkasten der Behörde vor der letzten billigerweise zu erwartenden Leerung[3] genügt, ebenso Abgabe bei einem zur regelmäßigen Empfangnahme der Eingänge im Amtsgebäude ermächtigten Beamten nach Schluß der Dienststunden außerhalb des Gebäudes[4], nicht aber beim Kastellan oder der im Amtsgebäude nach Schluß der Dienststunden beschäftigten Aufwartefrau. Telegraphische Einlegung genügt dem Erfordernis der Schriftlichkeit, doch muß das Telegramm als Stück Papier rechtzeitig bei der Behörde oder wenigstens dem zur Empfangnahme ermächtigten Beamten anlangen; fernmündliche Mitteilung des Telegramms innerhalb der Frist genügt nicht[5].

Endlich gibt es auch Wissenserklärungen des Staats, die anders zu beurteilen sind als seine Willenserklärungen, Auskünfte über die Wohnung bestimmter Personen, Mitteilungen über das Ergebnis einer Versteigerung, Nachweise von Arbeits- oder Wohnungsgelegenheiten. Doch sind nicht alle Wissenserklärungen reine Wissenserklärungen wie die soeben genannten. Vielfach sind sie mit einem Willen verbunden, allerdings nicht mit dem Willen, etwas Neues zu schaffen, aber doch mit dem Willen, die Erklärung mehr sein zu lassen als eine unmaßgebliche Äußerung. Die Gemeindebehörde, die eine Wählerliste aufstellt, gibt damit auch zunächst nur eine Wissenserklärung dahin ab, daß die als Wähler Eingetragenen

[1] Vgl. KELSEN Über Staatsunrecht, GrünhutsZ. 40 (1914) S. 1ff.

[2] Vgl. RG. II 9. Dez. 24, JW. 1925 S. 2444; PrOVG. 18. Dez. 13, Entsch. 66, 75ff.; PrOVG. 14. Dez. 16, Entsch. 72, 416ff.

[3] ThürOVG. 1. Dez. 20, Jahrb. 8, 114 u. JW. 1921 S. 294f. (dazu ausführliche Anmerkungen von KNAUTH und KANN); BadVGH. 28. Mai 18, BadVerwZ. 1918 S. 149f.

[4] RG.FerSen. 6. Sept. 26, RGSt. 60, 329ff.

[5] RFinH. 2. Juli 26, RZollBl. 1926 S. 265.

alle für das Wahlrecht nötigen Eigenschaften im Gegensatze zu den Nichteingetragenen besitzen. Und doch ist ein großer Unterschied, ob sie diese Liste dem statistischen Landesamt für dessen Zwecke mitteilt oder sie „auslegt" und „abschließt". Denn durch dies Auslegen und Abschließen verleiht die Behörde der Liste die Eigenschaft einer öffentlichen Beurkundung. Auch bei rechtlichen Feststellungen mit oder ohne vorangehendem Streitverfahren ist das Ziel der Behörde, nur festzustellen, was bereits Rechtens ist. Die Behörde, die die Öffentlichkeit eines Weges feststellt, will nicht den privaten Weg zu einem öffentlichen machen, sondern nur aussprechen, was auch ohne ihr Zutun Rechtens wäre. Aber sie will die Maßgeblichkeit ihrer Entscheidung und hebt sie dadurch über die bloßen Wissenserklärungen hinaus. Deshalb seien die Beurkundungen und Entscheidungen den Verwaltungsakten zugerechnet, deren Darstellung wir uns nunmehr zuwenden.

## § 11. Fortsetzung. Die Verwaltungsakte, ihre Gültigkeit und Ungültigkeit.

Otto Mayer I S. 59ff., 92ff., 226ff., 239ff., II S. 360f., 381, 389f.; Fleiner S. 180ff.; Schoen S. 257ff.; Hatschek S. 5ff., 86ff., 95ff., 144ff., 146ff.; Loening S. 226ff., 240ff.; G. Meyer-Anschütz S. 757ff.; G. Meyer-Dochow S. 44ff.; Laband StR. d. D. R. [5] 1911 I S. 446ff., II S. 188ff.; Herrnritt S. 264ff.; Merkl S. 174ff., 191ff., 201ff., 213ff.; Giese in Giese-Neuwiem-Cahn Deutsch. VerwR. 1930 S. 93ff.; WürttVRO. S. 207ff.

Bernatzik Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886; Thoma Der Polizeibefehl im badischen Recht I 1906 S. 51ff.; W. Jellinek Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen 1908; Kormann System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910; derselbe AnnDR. 1912 S. 39ff., 114ff.; derselbe Art. „Verwaltungsakte" im WStVR. III; W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913, insbes. S. 201ff.; Kelsen Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, ArchÖffR. 31 (1913) S. 53ff., 190ff.; Tezner System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte, ÖZÖffR. 1 (1914) S. 1ff., 360ff.; Weyr Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten, ÖZÖffR. 3 (1918) S. 490ff.; Rauchberg Zur Lehre von der Rechtskraft der Verwaltungsakte, Tschecho-slov. JZ. 6 (1925) S. 3f., auch 4 (1923) S. 145ff.; Beetschen Die materielle Rechtskraft der Verwaltungsverfügungen 1925; R. Coester Die Rechtskraft der Staatsakte 1927; Bühler Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 S. 323ff.; Dersch Verwaltungsakte und sonstige öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte in der Sozialversicherung, VerwArch. 33 (1928) S. 99ff.; Staïnoff L'acte administratif, Sofia 1928 (bulgarisch, das Résumé französisch); Stier-Somlo Art. „Verwaltungsakt", HWBRW. VI 1929; H. Bürckner Der privatrechtsgestaltende Staatsakt 1930. — Niemann Der Steuerverwaltungsakt, VJSchrSteuFinR. 4 (1930) S. 173ff. (auch selbständig ersch.); Emig Der gemeindliche Steuerbescheid, BayGemZ. 40 (1930) Sp. 801ff. — Über die Bauerlaubnis und die Gewerbegenehmigung vgl. unten S. 449, 453. Reuss Die Konzession. Rechtsnatur und Rechtsfragen, Stusev. 1926 S. 375ff., 413ff.; Friebe Das Wesen der Bestätigung bei Anstellung von Lehrkräften, VerwArch. 34 (1929) S. 207ff.; Schanze Die Patenterteilung, ArchÖffR. 9 (1894) S. 173ff.; derselbe Die rechtliche Natur der Patenterteilung, VerwArch. 25 (1917) S. 1ff.; derselbe Deklarative und konstitutive Entscheidungen, ZBlFG. 17 (1917) S. 361ff., 409ff.; derselbe Die Nichtigkeit des Patents, „Markenschutz u. Wettbewerb" 30 (1930) S. 7ff. — Friedrichs Wirksamkeit der Beschlüsse, RVerwBl. 49 (1928) S. 360ff. — Schmid Befristung, Bedingung, Auflage bei Wirtschaftskonzessionen, WürttZ. 55 (1913) S. 309ff.; Geier Zeitl. Wirksamkeit von Verwaltungsakten, „Verwaltungspraxis" 3 (1929) S. 87ff.; Pape Bedeutung der „Maßgabe" nach Pr. KAbgG., RVerwBl. 51 (1930) S. 94ff.

Otto Mayer Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, ArchÖffR. 3 (1887) S. 1ff.; G. Jellinek System der subj. öff. Rechte[2] 1905 S. 204ff.; Kuntze Der Gesamtakt, Festg. f. O. Müller 1892 S. 27ff.; Triepel Völkerrecht und Landesrecht 1899 S. 49ff.; Layer Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag 1916; Apelt Der verwaltungsrechtliche Vertrag 1920; Wittmaack Die Verträge auf dem Gebiete des sächsischen Verwaltungsrechts, FischersZ. 49 (1919) S. 1ff.; W. Burckhardt Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, Berner Festg. f. d. Bundesgericht 1924 S. 1ff.; Josef Die clausula rebus sic stantibus bei Verträgen des öffentlichen Rechts, PrVerwBl. 45 (1924) S. 436f.; Th. Buddesberg Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, ArchÖffR. N. F. 8 (1925) S. 85ff.; G. Husserl Rechtskraft und Rechtsgeltung I 1925 S. 76ff.; W. Jellinek Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 84 ff. (dazu Anschütz in der JW. 1927 S. 427f.); B. Beyer Die Bedeutung der Zustimmung eines Beteiligten zu Verwaltungsakten, VerwArch. 32 (1927) S. 226ff.; G. A. Walz Die „Vereinbarung" als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts, ArchÖffR. N. F. 14 (1928) S. 161ff.; Jedlička Der öff.-rechtl. Vertrag im Ver-

waltungsrecht, Zürch. Diss. 1928; REUSCH Der Vertrag im Verwaltungsrecht, Frankf. Diss. 1929; K. EHRLICH Über Staatsangehörigkeit, zugleich ein Beitrag z. Theor. d. öff.-rechtl. Vertrages, Zürch. Diss. 1930. — W. SCHWERTFEGER Die Theorie der Beamtenanstellung unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt, Göttinger Diss. 1927; FRIEDRICHS Die Anstellung der Beamten, DJZ. 1928 Sp. 87f.; JASCHKOWITZ Der Vertrag im Beamtenrecht, ArchÖffR. 56 (1929) S. 321ff.; PAPKE Rechtsstellung des Reichswehrsoldaten, VerwArch. 34 (1929) S. 24ff. — ULLMANN Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen, Gruch. 56 (1912) S. 250ff.; FLEISCHMANN Grenzen der Rechtswirksamkeit einer Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen, Gruch. 61 (1917) S. 689ff.; K. HEYLAND Unternehmervertrag und Ortsstatut. Ein Beitrag zur Auslegung des § 15 des pr. Fluchtlinienges. v. 2. Juli 1875, VerwArch. 29 (1922) S. 294ff.; ERWIN JACOBI Öffentlichrechtliche Vereinbarungen bei der Vereinigung der Rittergüter mit den benachbarten Gemeinden, FischersZ. 53 (1921) S. 82ff.; BÖLLING Der „Auskreisungsvertrag", ZSelbstv. 12 (1929) S. 512ff.; BÜHLER Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 S. 351ff.; E. ZIMMERMANN Vereinbarungen zwischen Steuerpflichtigen und Steuerbehörden, Zeitgem. Steuer- u. Finanzfragen 10 (1929) S. 269ff.; G. LAMMERS Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Hamburger Baurecht, HansRGZ. A 11 (1928) Sp. 478ff.; WALTHER Das Fernsprechanschlußverhältnis — ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, VerwArch. 34 (1929) S. 229ff.; E. R. HUBER Verträge zwischen Staat und Kirche 1930.

Aus dem Schrifttum über den fehlerhaften Staatsakt seien außer W. JELLINEK Fehlerh. Staatsakt 1908, Gesetz, Gesetzesanwendung 1913, KORMANN System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910 und einigen von den oben angeführten Schriften genannt: KORMANN Zustellung von Verwaltungsakten an den falschen Adressaten, VerwArch. 19 (1911) S. 166ff.; ALCINDOR Des différentes espèces de nullités des actes administratifs, Paris 1912; KELSEN Über Staatsunrecht, GrünhutsZ. 40 (1914) S. 1ff.; E. JOSEF mit vielen kleinen Aufsätzen, wie ArchÖffR. 34 (1915) S. 324ff., BadVerwZ. 1918 S. 153ff., 1923 S. 21ff., JheringsJ. 70 (1921) S. 70ff., Stusev. 1924 S. 56f., 117f., PrVerwBl. 46 (1925) S. 147ff.; B. BEYER Die Erfordernisse des rechtgemäßen Staatsaktes, ZStaatsw. 71 (1915) S. 1ff.; DERSELBE Zustellung einer Erklärung an eine unrichtige Person, VerwArch. 24 (1916) S. 246ff.; BETTSAK Die Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen, ArchÖffR. 35 (1916) S. 382ff.; DE VALLES La validità degli atti amministrativi, Rom 1917; FRIEDRICHS Amtshandlungen von unberufenen Beamten, „Gesetz und Recht" 19 (1918) S. 147ff.; SAUER Grundlagen des Prozeßrechts[2] 1929 S. 437ff.; CALLSEN Fehlerhafte militärische Verwaltungsakte während des Krieges, Kieler Diss. 1921; NEUHÄUSER Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden 1921; HARTMANN Das Nachprüfungsrecht der ordentlichen Gerichte gegenüber Maßnahmen des Bezirkswohnungskommissars, HansRZ. 1923 Sp. 779ff. (über die gleiche Frage EWALD, ebenda Sp. 393ff., 471ff.); RIESS Der fehlerhafte Staatsakt, Stusev. 1924 S. 292ff.; E. v. HIPPEL Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts 1924 (dazu meine Besprechung im ArchÖffR. N. F. 9, 1925, S. 361ff.); DERSCH Die neue Schlichtungsverordnung 1924 S. 235ff., 272ff.; P. ANDERSEN Om ugyldige Forvaltningsakter, Kopenhagen 1924; dasselbe unter dem Titel „Ungültige Verwaltungsakte" mit einem Geleitwort von THOMA ins Deutsche übertragen von W. PAPPENHEIM 1927; ANSCHÜTZ Die Gültigkeit und richterliche Überprüfbarkeit von Zwangsbeischlüssen auf Grund des Kohlenwirtschaftsgesetzes vom 23. März 1919, Kartell-Rundschau 24 (1926) S. 580ff.; W. PAPPENHEIM Die Konversion fehlerhafter Staatsakte, FischersZ. 60 (1927) S. 1ff.; WEYEL Die öffentlichrechtliche Natur der Vormundsbestellung unter besonderer Berücksichtigung des fehlerhaften Bestellungsakts, Gruch. 68 (1927) S. 38ff.; FRIEDRICHS Der allg. Teil d. Rechts 1927 S. 107ff.; DERSELBE Recht d. öff. Gewalt 1930 S. 141ff.; SIEVERS Verwaltungsakt und Prüfungsrecht, FischersZ. 62 (1928) S. 273ff.; KRONSTEIN Das Prüfungsrecht des Richters über Verwaltungsakte in der reichsdeutschen Praxis, JBl. 57 (1928) S. 165ff.; LAYER u. E. v. HIPPEL Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, VStaatsRL. 5 (1929) S. 124ff., 178ff., nebst anschließender Aussprache; FRIEDMANN Widersprechende Staatsakte, Z. f. deutsch. Zivilprozeß 54 (1928/29) S. 199ff.; MANIGK Art. „Unwirksamkeit. Ungültigkeit" im HWBRW. VI 1929; KRUDEWIG Dogmatische Untersuchungen zur Nichtigkeitslehre im öffentlichen Recht, AnnDR. 62 (1929) S. 236ff.; GRAUERT-SCHOPPEN-MANSFELD Der Rechtsstreit im Arbeitskampf der westdeutschen Eisenindustrie 1928 (1929); PFEFFER Die fehlerhafte Vormundschaftsbestellung, Jen. Diss. 1929; K. BUCHHOLZ Nachprüfbarkeit von Betriebsvertretungsbeschlüssen 1930; SCHWINGE Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht 1930; GÖPPERT Nichtigkeit des Schiedsspruchs oder Nichtigkeit der Verbindlichkeitserklärung? NeueZArbR. 11 (1931) Sp. 1ff. Über nichtige Stadtrats- und Gemeinderatsbeschlüsse MILDNER HessZ. 54 (1931) S. 145f., 154f. — VERVIER Der Begriff der unmittelbaren Beteiligung aus Privatinteresse bei einer gemeindlichen Beschlußfassung, BayVerwBl. 74 (1926) S. 369ff.; GUILLAUME Persönliche Beteiligung des Amtsvorstehers, PrVerwBl. 48 (1927) S. 181ff. — Über die österreichische Dispensehe zahlreiche Aufsätze in den österreichischen juristischen Zeitschriften der letzten Jahre (Übersicht von MÉTALL in JBl. 60, 1931, S. 75) und die Wiener Tagung der Staatsrechtslehrer Frühjahr 1928, VStaatsRL. 5 (1929). — FRITSCHE Beginn und Ende der Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten, FischersZ. 24 (1902) S. 145ff.; BECHER Ent-

wicklung des materiellrechtl. Begriffs d. Anfechtbarkeit i. d. Literatur d. deutschen Verwaltungsrechts, Leipz. Diss. 1930.

SCHOEN Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des OVG., Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 118ff.; JOS. MAYER Ein Beitrag zur Frage des Widerrufs von Verwaltungsakten, BayVerwBl. 75 (1927) S. 129ff., 147ff., 168ff., 195ff., 213ff., 229ff.; GEIER Widerruf von Verwaltungsakten in Württemberg, „Verwaltungspraxis" 2 (1928) S. 4ff. (hierzu auch Rechtsgutachten des WürttVGH., mitgeteilt von NEBINGER im RVerwBl. 50, 1929, S. 641f.); KÖRNER Die Rechtskraft im österr. Allg. Verfahrensgesetz, Prag. Jur. Ztschr. 10 (1930) Sp. 142ff. — E. ALEXANDER-KATZ Der Widerruf von Verwaltungsakten bei vorgefallener Bestechung, VerwArch. 24 (1916) S. 497ff. — E. BRAUN Die Zurückziehung von Titeln, Orden und Ehrenzeichen nach dem Verwaltungsrecht Preußens, ArchÖffR. 16 (1901) S. 528ff.; DERSELBE Die Entziehung staatlicher Orden und Ehrentitel in Preußen, ArchÖffR. 37 (1917) S. 129ff.; HUBRICH Die Entziehung verliehener Ehrentitel in Preußen, ArchÖffR. 22 (1907) S. 327ff.; v. MARTITZ Die staatlich verliehenen Ehrentitel, Berl. Festg. f. GIERKE I 1910 S. 169ff.; BÜRKER Bericht, betreffend Entziehung des Doktortitels, Mitt. d. Verbandes d. deutsch. Hochschulen 6 (1926) S. 19ff.; REICHEL Aberkennung des Doktortitels wegen Erschleichung der Zulassung, DJZ. 1927 Sp. 941f. — VOGELS Willensmängel bei der Beamtenanstellung, VerwArch. 27 (1919) S. 274ff.; E. JOSEF dsgl., PrVerwBl. 41 (1920) S. 588ff.; DERSELBE Anfechtung der Beamtenanstellung wegen Irrtums und Täuschung, Stusev. 1924 S. 93f.; G. SCHNEIDER Das Gemeindebeamtenrecht in Thüringen 1927 S. 105ff.; SCHACK D. fehlerh. Beamtenanstellung, Beamt.-Jahrb. 17 (1930) S. 167ff., 231ff. Über den Widerruf oder die Anfechtung von Versetzungen in den Ruhestand DANIELS BeamtJahrb. 16 (1929) S. 55ff., LOSCHELDER ZBeamtR. 2 (1930) S. 261ff., APPELIUS RVerwBl. 51 (1930) S. 606ff. — Über andere Widerrufsfragen GIESE und HEYLAND FischersZ. 64 (1930) S. 225ff. (EnteignungsVO.); LUDWIG ZZölle 9 (1929) S. 226ff. (Zollauskunft).

## I. Begriff des Verwaltungsakts.

Nach OTTO MAYER ist der Verwaltungsakt ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll[1]. Er soll das Gegenstück zum gerichtlichen Urteil sein, das ebenfalls ein Rechtsverhältnis bindend feststellt. So viel man gegen die enge Begrenzung des OTTO MAYERschen Verwaltungsaktes eingewandt hat, so hat sich der Sprachgebrauch unter OTTO MAYERS Einfluß jedenfalls dahin gewandelt, daß man nur noch Hoheitsakte des Staats als Verwaltungsakte zu bezeichnen pflegt. Trotzdem ist die von OTTO MAYER vorgeschlagene Definition zu eng, wenn verlangt wird, daß das Urteilsmäßige in jedem Verwaltungsakte zum Ausdruck kommen muß; denn es gibt Verwaltungsakte, die Hoheitsakte sind, wie Widmung eines Weges für den öffentlichen Verkehr, Festnahme zwecks Verbringung in Schutzhaft, Beurkundung einer Geburt oder eines Todesfalls, und doch keine urteilsmäßigen Verwaltungsakte. Da der weitere Begriff „Staatsakt" den Justizakt mitumfaßt, bleibt nichts übrig, als den Verwaltungsakt etwas weiter zu fassen als OTTO MAYER und als Verwaltungsakt jede einer bestimmten Person gegenüber vorgenommene obrigkeitliche Willensäußerung innerhalb der Verwaltung zu bezeichnen. Mit dem Worte „obrigkeitlich" ist aber nach früheren Darlegungen (§ 2 I 1a) gesagt, daß der den Verwaltungsakt Erlassende über dem Privatmann insofern steht, als er die Macht hat, dem Akte, so wie er bei unbefangener Deutung zu verstehen ist[2], mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit zu geben[3], darüber hinaus aber dessen Wirksamkeit vielfach unabhängig zu machen von der Gesetzlichkeit der Vornahme.

Wenn wir daher aus einem gewissen Ordnungsbedürfnis heraus, aber auch mit Rücksicht auf die sich ergebenden rechtlichen Klärungen, zunächst an die Einteilung der Verwaltungsakte gehen, so werden wir auch auf die größere oder geringere

---

[1] OTTO MAYER I S. 93. Wie OTTO MAYER das SächOVG., z. B. 4. Dez. 25, Jahrb. 29, 268ff., eine Entscheidung, von der das OVG. allerdings im Urteil vom 11. Mai 27 abrückt: Jahrb. 31, 198ff.

[2] PrOVG. 14. März 29, RVerwBl. 50 (1929) S. 825ff.

[3] Vgl. z. B. PrOVG. 18. Sept. 13 u. 29. Mai 14, Entsch. 66, 68ff. u. 67, 229ff., auch KG. 26. Nov. 20, PrVerwBl. 42 (1921) S. 294ff.

Urteilsähnlichkeit oder, was vielfach auf das gleiche hinausläuft, auf die größere oder geringere Überprüfbarkeit Gewicht legen müssen.

## II. Einteilung der Verwaltungsakte.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten für eine Einteilung der Verwaltungsakte: förmliche und nicht förmliche, freie und gebundene, Verwaltungsakte im ersten und solche im höheren Rechtszug, Verwaltungsakte des Staats und Verwaltungsakte einer unterstaatlichen juristischen Person des öffentlichen Rechts. Die bedeutsamste Einteilung ist wohl die inhaltliche. Daneben ist noch wichtig, ob am Zustandekommen des Aktes der einzelne mitzuwirken hat oder nicht. Voranzuschicken ist aber die soeben berührte Frage der Kraft des Verwaltungsakts, ob er nämlich grundsätzlich überprüfbar oder grundsätzlich unüberprüfbar ist.

**1. Grundsätzlich überprüfbare und grundsätzlich unüberprüfbare Verwaltungsakte.** Alle Verwaltungsakte haben die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich, aber bei den einen kann die Vermutung widerlegt werden, bei den andern nicht. So begründet z. B. ein Heimatschein die Vermutung, daß der, auf dessen Namen er ausgestellt ist, die preußische oder die sonstwie bescheinigte Landesangehörigkeit besitzt, doch kann der angebliche Preuße, kann jeder beteiligte Dritte den Beweis antreten, daß der Heimatschein auf Irrtum beruht. Man nehme dagegen die Einbürgerungsurkunde. Auch sie kann auf Irrtum beruhen, sie kann z. B. im Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen einem schwer vorbestraften Ausländer, der in Deutschland kein Unterkommen gefunden hat, erteilt worden sein. Trotzdem ist die Einbürgerung, wenn nicht einer der seltenen, alsbald zu besprechenden Unwirksamkeitsgründe vorliegt, gültig. Niemand, weder ein Privatmann, noch eine Behörde, darf die deutsche Staatsangehörigkeit des Eingebürgerten in Frage stellen.

Sucht man nach allgemeinen Regeln, die erkennen lassen, ob ein Verwaltungsakt zu der einen oder der anderen Abart gehört, so gibt es deren drei.

Einmal bezeichnet das Gesetz mit den Ausdrücken: Beurkundung, Bescheinigung u. dgl. im Zweifel überprüfbare Akte. „Der Beweis, daß der Vorgang" in einer öffentlichen Urkunde „unrichtig beurkundet sei, ist zulässig" (ZPO. § 415$^{II}$). „Der Beweis der Unrichtigkeit der (in einer öffentlichen Urkunde) bezeugten Tatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken" (§ 418$^{II}$). Auch § 15$^{I}$ des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 läßt den Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der Anzeigen und Feststellungen zu, auf Grund deren die Eintragung stattgefunden hat. Es hat eben schon seinen Wert, daß die Unsicherheit über das Bestehen von Tatsachen und Rechtsbeziehungen fürs erste beseitigt wird, vorbehaltlich der Nachprüfung im Falle der Bestreitung[1]. Daß nicht alle öffentlichen Beurkundungen überprüfbar sind, sagt schon die ZPO. selbst (§ 418$^{II}$). Bekannt ist auch die außerordentliche Beweiskraft des Sitzungsprotokolls, gegen dessen Inhalt, soweit er sich auf die Förmlichkeiten des Verfahrens bezieht, nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist (§ 164). Streitig ist in diesem Punkte die Bedeutung der Wählerliste. Sicher ist allerdings ihre negative Bedeutung: wer nicht eingetragen ist oder keinen Wahlschein besitzt, kann nicht wählen. Aber hat sie auch die positive Bedeutung, daß der Eingetragene unbedingt wählen darf, selbst wenn er zu Unrecht eingetragen wurde? Schon die negative Wirkung der Liste zeigt, daß die Eintragung mehr ist als eine bloße Bescheinigung nach Art des Staatsangehörigkeitsausweises. Bedenkt man ferner, daß die Liste zur öffentlichen Einsicht aufgelegt wird, daß die Möglichkeit besteht, Einspruch gegen ihre Richtigkeit zu erheben, so muß man zum mindesten den auf Grund einer Streitentscheidung

[1] BayVGH. 18. Febr. 14, Samml. 35, 66ff.

ergangenen Eintragungen Maßgeblichkeit in dem Sinne beimessen, daß der Eingetragene wählen darf, ohne befürchten zu müssen, sich strafbar zu machen, und in dem Sinne, daß die Eintragung auch im Wahlprüfungsverfahren als richtig anerkannt werden muß. Denn es wäre zum mindesten etwas Außergewöhnliches, wenn eine endgültige Streitentscheidung in einem späteren Verfahren nochmals auf ihre Richtigkeit geprüft werden dürfte. Die Rechtsprechung des preußischen OVG. ging aber von jeher, im Einklange mit der des braunschweigischen VGH. und des thüringischen OVG.[1], aber im Gegensatze zu der des bayerischen, badischen und hessischen VGH.[2], weiter und billigte der ordnungsmäßig abgeschlossenen Wählerliste unbedingte Unüberprüfbarkeit zu. Die neuere Gesetzgebung gibt dem preußischen OVG. recht. Nach § $8^{II}$ des preußischen Wahlgesetzes für die Provinziallandtage und Kreistage vom 7. Oktober 1925 z. B. ist für die Rechtsgültigkeit der Stimmabgabe allein die Eintragung in die Wählerliste oder der Besitz eines Wahlscheins maßgebend, und § $26^{VII}$ der thüringischen Gemeinde- und Kreisordnung enthält die gleiche Bestimmung.

Dann sind alle unselbständigen Verwaltungsakte daraufhin überprüfbar, ob das Rechtsverhältnis, zu dem sie bloß hinzutreten, Rechtsbestand hat oder nicht. So hat die Bestätigung der Wahl eines Gemeindebeamten durch den Landrat nicht die Kraft, eine etwa vorhandene Nichtigkeit der Wahl zu heilen, und die staatliche Genehmigung einer Stiftung ist wirkungslos, wenn es an einem rechtsgültigen Stiftungsgeschäft fehlt[3].

Endlich ist ein Verwaltungsakt grundsätzlich überprüfbar, wenn es ohne die Überprüfbarkeit an genügendem Rechtsschutz fehlen würde[4]. Dies wird namentlich bei dringlichen, sofort auszuführenden Anordnungen der Fall sein. Nach § $360^{10}$ StGB. wird bestraft, „wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte“. Hier ist die Aufforderung ein grundsätzlich überprüfbarer Verwaltungsakt. Der wegen Ungehorsams Angeklagte kann z. B. nachweisen, daß der Wasserlauf, wegen dessen drohenden Steigens eine Uferwache angeordnet wurde, schon seit Stunden im Fallen begriffen war oder daß die persönliche Mitwirkung des Angeklagten an den Deichungsarbeiten nicht verlangt werden durfte, da er leicht ins Schwitzen gerate und dann fast immer an Lungenentzündung erkranke. Wollte man den Aufgeforderten hier auf den Beschwerde- oder Klageweg verweisen, so käme er mit seinen Einwendungen zu spät. Besonders reich entwickelt ist dieser „Schutz des Strafrichters“ in Bayern[5], da es hier keine allgemeine verwaltungsgerichtliche Klage gegen polizeiliche Verfügungen gibt, die von der Polizei innezuhaltenden Grenzen daher, wenn überhaupt einer gerichtlichen Nachprüfung, der durch den Strafrichter bei Anklagen aus dem Polizeistrafgesetzbuch unterliegen müssen. Ebenso hat sich in Braunschweig die weitgehende Überprüfbarkeit der Verwaltungsakte trotz dreißigjährigen Bestehens der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis auf den heutigen Tag erhalten. Dies kam so[6]: Nach

[1] PrOVG. 6. März 95 u. 11. Febr. 13, Entsch. 27, 16ff. u. 63, 20ff.; ThürOVG. 2. März u. 20. Juni 14, Jahrb. 2, 41ff., 90ff.; BraunschwVGH. 26. März 13, BraunschwZ. 60 (1913) Beil. S. 12ff.

[2] BayVGH. 23. Nov. 06, Samml. 28, 12 (vgl. aber auch 9. Juli 30, Samml. 51, 82ff.); BadVGH. 21. Febr. 99, BadVerwZ. 1899 S. 206; HessVGH. 31. Jan. 20 u. 15. Mai 26, Entsch. 4, 146ff. u. 7, 54ff.

[3] PrOVG. 28. Juni 29, DBeamtArch. 10 (1929) S. 122f.; ThürOVG. 4. Jan. 28, Jahrb. 12, 116ff.

[4] Vgl. Morawitz BraunschwZ. 66 (1919) S. 105f.; Thoma ArchÖffR. N. F. 4 (1922) S. 275; E. v. Hippel Unters. z. Probl. d. fehlerh. Staatsakts 1924 S. 79ff.

[5] Vgl. v. Seydel-v. Grassmann Bay. Staatsrecht II 1913 S. 220; Braunwart in der BayGemZ. 31 (1921) Sp. 315f.; Rottmann ebenda 33 (1923) Sp. 591.

[6] Vgl. Rhamm Die Verfassungsgesetze des Herzogtums Braunschweig[2] 1907 S. 287f.; Morawitz a. a. O. Siehe auch oben S. 48.

dem auch heute noch geltenden § 195 der Neuen Landschafts-Ordnung für das Herzogtum Braunschweig vom 12. Oktober 1832 gehören „die Verfügungen aller nicht gerichtlichen, d. h. der Verwaltungs-Behörden und Beamten innerhalb des denselben angewiesenen, von der Rechtspflege getrennten Wirkungskreises, . . . nicht zur Kompetenz der Gerichte und können in ihrer Ausführung von denselben nicht gehemmt werden". Hieraus machte die braunschweigische Rechtsprechung unter Einführung der Gleichung „Rechtswidrigkeit gleich Inkompetenz" den Satz, daß jeder Verwaltungsakt auf Gesetzmäßigkeit überprüft werden könne, da sich eben ein gesetzwidriger Akt nicht innerhalb des Wirkungskreises der Verwaltungsbehörden halte. Da sich diese Auffassung zum Gewohnheitsrecht verdichtet hat, hält man an ihr trotz Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich auch heute noch fest. Man darf daher die braunschweigischen Entscheidungen nicht ohne weiteres für das gemeindeutsche Verwaltungsrecht verwerten. – Auf dem gleichen Blatte steht die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Widerstand gegen die Staatsgewalt, wonach der Widerstand straflos sein soll, wenn die Vollzugsbeamten auf Grund rechtsirriger Anschauungen vorgehen[1]. Die Rechtsprechung ist zu wenig staatlich gedacht, beruht aber wohl mit auf der Erwägung, daß es ohne Zubilligung des Selbsthilferechts am genügenden Rechtsschutz des Bürgers fehlen würde. Auch die in Preußen dem Beamten zugebilligte Befugnis, gegen rechtswidrige Dienstbefehle auf eigene Verantwortung ungehorsam zu sein[2], hängt mit dem Mangel eines geordneten Anfechtungsverfahrens zusammen.

**2. Einseitige und zweiseitige Verwaltungsakte**[3]. Unter einem einseitigen Verwaltungsakt verstehen wir einen Verwaltungsakt, bei dem handelnd nur der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt auftritt, unter einem zweiseitigen Verwaltungsakt einen solchen, der zu seiner Wirksamkeit der Mitwirkung eines einzelnen bedarf, der also unwirksam ist, wenn die Mitwirkung fehlt. Zwischen beiden liegt der von Otto Mayer (I S. 98) so benannte Verwaltungsakt auf Unterwerfung, d. h. ein Verwaltungsakt, der nur auf Antrag oder mit Zustimmung des einzelnen ergehen darf, der aber nicht unwirksam, sondern höchstens anfechtbar oder zurücknehmbar ist, wenn er versehentlich ohne diese Mitwirkung erlassen wurde.

Der einseitige Verwaltungsakt ist die der Vorstellungswelt des öffentlichen Rechts angemessenste Art von Verwaltungsakten. Meist ist er empfangsbedürftig. Die Polizeiverfügung, der Steuerbescheid, die vorläufige Amtsenthebung, die Enteignung, die Zwangseinschreibung im Gemeindeaufsichtsrecht sind Beispiele für solche einseitigen Akte. Wo ein Verwaltungsakt durch Verkündung in öffent-

[1] RG. IV 26. Nov. 97, RGSt. 30, 350. Vgl. auch unten S. 293f.

[2] v. Rheinbaben Die preußischen Disziplinargesetze[2] 1911 S. 75ff. Vgl. auch unten S. 293.

[3] Zum folgenden vgl. meinen Beitrag zur Festgabe für das PrOVG. 1925 „Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung". Zustimmend u. a. Bandmann „Das Mietgericht" 1 (1926) S. 80; H. Peters in Graf Hue de Grais Hdbch. d. Verf. u. Verw.[25] 1930 S. 8; Schwertfeger Theorie der Beamtenanstellung, Gött. Diss. 1927 (kein Schüler von mir, wie Trautmann in seiner etwas voreingenommenen Jen. Diss. „Rechtscharakter der Beamtenanstellung" 1928 S. 58 behauptet); A. Möller BeamtJahrb. 1928 S. 476f.; Heyland ZBeamtR. 1 (1928) S. 159; Nischk Kommunalbeamtenrecht[2] 1929 S. 39f.; Mohs Schulgewalt und Elternrecht 1930 S. 55ff.; Schaar Elternhaus und Schule 1930 S. 17; Erwin Jacobi HdbDStR. II S. 256. Vgl. auch die fruchtbaren Ausführungen von Papke, VerwArch. 34 (1929) S. 41ff., ferner v. Basse Grundfragen des Beamtenrechts 1931 S. 13ff. (zweiseitiges Rechtsgeschäft). — Über den Ausdruck läßt sich streiten. Wer für den „ohne Zustimmung des privaten Beteiligten unwirksamen Verwaltungsakt" eine kurze Bezeichnung weiß, die besser ist als „zweiseitiger Verwaltungsakt", mag sie vorschlagen. „Mitwirkungsbedingter Verwaltungsakt" genügt nicht, da der Ausdruck nicht erkennen läßt, ob nur die Rechtmäßigkeit oder auch die Wirksamkeit des Aktes von der Mitwirkung des privaten Beteiligten abhängt. Einige meiner Kritiker scheinen aber gar nicht zu merken, daß sie sich nur an der von mir als Fachausdruck gewählten Bezeichnung stoßen, in der Sache aber ganz mit mir einig sind: Fleiner S. 194; Imhof ZSchweizR. N. F. 48 (1929) S. 258a, 259a; Sartorius HdbDStR. I 1930 S. 262; Helfritz Festg. f. Heilborn 1931 S. 16f. Auch in der Sache abweichend Anschütz RV.[10] 1929 S. 522.

licher Sitzung wirksam wird, wie unter Umständen die im förmlichen Verfahren ergehende Entziehung einer Gewerbegenehmigung im zweiten Rechtszuge (GewO. § 21³), liegt ein streng einseitiger, nicht einmal empfangsbedürftiger Verwaltungsakt vor.

Die OTTO MAYERsche Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung in jener besonderen Bedeutung eines Aktes, der zwar für seine Gesetzmäßigkeit, nicht aber für seine Wirksamkeit antrags- oder zustimmungsbedingt ist, hat nicht die Tragweite, die ihr Schöpfer und eine Reihe von Schriftstellern ihr zuschreiben. Der Verwaltungsakt auf Unterwerfung soll nämlich nach OTTO MAYERs und seiner Anhänger Meinung die einzige Form der Zweiseitigkeit eines Verwaltungsaktes sein. Erhalte ich z. B. eines Tages die Ernennung zum Gemeindefeldhüter, ohne mich um die Stelle beworben zu haben, so bin ich nach dieser Lehre Gemeindefeldhüter geworden und muß sehen, wie ich die Rückgängigmachung der Ernennung zu Wege bringe. Ebenso verliere ich nach der Lehre meine deutsche Staatsangehörigkeit, wenn der Regierungspräsident mir ohne meinen Antrag eine Entlassungsurkunde zustellt. Die offensichtliche Unmöglichkeit solcher Rechtsauffassung führt zur Anerkennung zweiseitiger Verwaltungsakte. Trotzdem gibt es Verwaltungsakte auf Unterwerfung, wenn auch in bescheidenerem Umfange, als es die Lehre ursprünglich wollte. Das Hauptbeispiel bildet der Verwaltungsakt, der im allgemeinen einseitig erlassen werden darf und nur im besonderen Falle von der Zustimmung des Betroffenen abhängt. So ist ein polizeiliches Bauverbot als einseitiger Akt an sich das Gegebene. Dabei muß sich die Polizei innerhalb ihrer Grenzen halten, sie darf sich namentlich nicht an den wenden, der nicht stört. Nun sehen aber einige Baugesetze vor, daß sich der unbeteiligte Eigentümer freiwillig einem Bauverbote zugunsten des Nachbarn unterwirft. Merkt die Polizeibehörde, daß der unbeteiligte Eigentümer bauen will, und ist sie irrigerweise der Ansicht, er habe sich einem Bauverbot unterworfen, so wird sie eine Polizeiverfügung an ihn richten und ihm das Bauen untersagen. Trotz der fehlenden Unterwerfung des Eigentümers ist die Verfügung nicht unwirksam, da die Behörde einseitige Verfügungen solcher Art erlassen kann, wenn auch gerade in diesem Falle nicht erlassen darf. Nach AO. § 76¹² kann das Finanzamt einen Steuerbescheid über Steuern, die nicht Zölle oder Verbrauchsabgaben sind, zurücknehmen oder ändern, wenn der Steuerpflichtige zustimmt. Ändert das Finanzamt einmal einen Steuerbescheid ohne Zustimmung des Pflichtigen, etwa in der Form, daß es einen abgeänderten neuen Bescheid erläßt, so ist auch dieser Bescheid nicht unwirksam, sondern nur anfechtbar, da Steuerbescheide an sich einseitige Verwaltungsakte sind. Umgekehrt kann auch die Herabsetzung einer Gemeindesteuer durch die Kommunalaufsichtsbehörde über den Antrag des Steuerpflichtigen hinaus zwar gesetzwidrig und daher aufhebbar[1], und doch rechtswirksam sein, wenn die Behörde Verfügungen dieser Art auch einseitig erlassen kann. Ganz allgemein darf man an die begünstigenden Verwaltungsakte weniger strenge Anforderungen stellen als an die belastenden. Wenn kein stichhaltiger Gegengrund vorhanden ist, sind die rein begünstigenden, namentlich auch mit keiner Gebührenpflicht belasteten, nur auf Antrag zu erlassenden Akte nicht unwirksam, wenn der Antrag fehlt.

Der Möglichkeit zweiseitiger Verwaltungsakte zwischen Staat und einzelnem begegnet man gern mit dem Einwand, sie widersprächen dem Wesen der obrigkeitlichen Verwaltung, da im Falle der Zweiseitigkeit der Staat vor dem einzelnen nichts mehr voraus habe. Der Einwand ist aber offenbar unstichhaltig. Auch beim zweiseitigen Verwaltungsakt ist der Staat mehr als der ihm gegenüberstehende einzelne. Der zweiseitige Verwaltungsakt besteht nämlich aus zwei ungleichen Stücken: einer privaten Willenserklärung des einzelnen, die im großen und ganzen

[1] Vgl. PrOVG. 1. Mai 14, Entsch. 67, 277ff.

der sinngemäßen[1] Anwendung des bürgerlichen Rechts unterliegt, und der nach öffentlichem Rechte lebenden, also mindestens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit in sich tragenden Willenserklärung des Staates. Er bereitet daher für die Eingliederung in das öffentliche Recht keinerlei Schwierigkeiten, ist auch der Sache und neuestens auch dem Namen nach[2] in der Rechtsprechung anerkannt. Die Hauptbeispiele liefert der Staatsdienst. Wenn die Gerichte die Anstellung eines Beamten bisweilen als einen „einseitigen Hoheitsakt" bezeichnen[3], so wollen sie damit nur den Unterschied gegenüber dem bürgerlichrechtlichen Dienstvertrag betonen, nicht aber die Wirksamkeit einer versehentlich ohne Zustimmung des Anzustellenden vorgenommenen Ernennung behaupten. In andern Entscheidungen kommt denn auch der Ausdruck „Vertrag" vor, der doch die vollendetste Form der Zweiseitigkeit darstellt[4]. Zweiseitige Verwaltungsakte sind daher vor allem die Anstellung im Staatsdienst und die Entlassung aus dem Staatsdienst auf Antrag. Tritt also z. B. ein Minderjähriger ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters in die Reichswehr ein, so wird er nicht Soldat im Rechtssinne, kann sich also auch nicht eines militärischen Vergehens schuldig machen[5]. Ein Revierwachtmeister bat einmal im Zustande geistiger Umnachtung um Entlassung aus dem Staatsdienst, dem Gesuch wurde entsprochen; ein Kommunalbeamter erklärte seine Zustimmung zu seiner Entlassung, widerrief aber rechtzeitig, trotzdem wurde ihm ein die Entlassung aussprechender Magistratsbeschluß zugestellt. In beiden Fällen lag keine rechtswirksame Entlassung vor. Der Revierwachtmeister konnte daher sein Gehalt einklagen[6], und der Kommunalbeamte unterstand nach wie vor der staatlichen Disziplinargewalt[7]. Zum mindesten dreimal ist es vorgekommen, daß ein Beamter um seine Entlassung mit Ruhegehalt bat, die Entlassung aber dann ohne Gewährung von Ruhegehalt ausgesprochen wurde. In zwei Fällen klagte der auf diese Weise gegen seinen Willen gänzlich Entlassene sein Gehalt ein und drang mit der Klage durch[8]. Im dritten Falle gab der Entlassene seiner Überzeugung von der Unwirksamkeit der Entlassung in der Weise Ausdruck, daß er sich nach wie vor mit seinem Amtstitel „Regierungsrat" bezeichnete und es auf ein polizeiliches Einschreiten dagegen ankommen ließ. Ein polizeiliches Verbot, den Titel weiter zu führen, erging auch, wurde aber vom preußischen OVG. aufgehoben[9]. Ähnlich wie im Beamtenrecht liegen die Verhältnisse im Rechte der Staatsangehörigkeit. Eine Einbürgerung ohne rechtsgültig gestellten Antrag ist ebenso unwirksam wie eine ohne solchen Antrag ergehende Entlassung aus dem Staatsverbande[10]. Die Ehelichkeitserklärung eines Unehelichen ist zwar nicht wegen jeder Fehlerhaftigkeit nichtig, doch ist das Fehlen eines vom Vater gestellten rechtswirksamen Antrags unter allen Umständen Unwirksamkeits-

---

[1] Dies Wort übersehen GERBER S. 54 und HELFRITZ a. a. O.

[2] RG. III 22. Nov. 29, RGZ. 126, 245.

[3] PrOVG. 18. Nov. 15, Entsch. 70, 117; RG. III 8. Febr. 21, RGZ. 101, 297. Bei RG. III 2. Juli 29, RGZ. 125, 298f., erscheinen „einseitiger Staatshoheitsakt" und „Vereinbarungen" nebeneinander.

[4] RG. III 14. März 19, RGZ. 95, 144ff.; RG. IV 8. März 21, RGSt. 56, 19ff.; HessVGH. 29. Jan. 21, Entsch. 6, 43ff. — Nach Art. 97 der bayerischen GemO. v. 17. Okt. 27 geschieht die Anstellung des berufsmäßigen Bürgermeisters und der berufsmäßigen Gemeinderatsmitglieder „durch Dienstvertrag".

[5] RG. IV 8. März 21, RGSt. 56, 19ff.; OLG. Dresden 19. Dez. 23, SächsThürArchR. 1 (1924) S. 182ff. Hierüber ausführlicher PAPKE a. a. O. S. 50ff.

[6] HansOLG. 20. März 26, HansRZ. 1926 Sp. 349ff.; ebenso RG. III 13. Febr. 12, ZBlFG. 13 (1913) S. 803ff.

[7] PrOVG. 19. Dez. 24, Entsch. 79, 434ff.

[8] RG. III 10. Okt. 19, RGZ. 96, 302ff.; OLG. Karlsruhe 30. Okt. 21, BadRpr. 1922 S. 25ff. Vgl. auch RG. III 19. Juni 28, „Recht und Leben" (Voss. Ztg.) v. 6. Sept. 28.

[9] PrOVG. 5. Okt. 22, Entsch. 78, 251ff.

[10] WürttMin. d. I. 28. Nov. 96, ABl. d. württ. Min. d. I. 1897 S. 19ff.

grund[1]. Lehrreich waren und sind auch die behördlichen Genehmigungen eines Grundstückskaufes nach den Grundstückssperrgesetzen. Es kam vor, daß die Behörde die erbetene Genehmigung zunächst versagte, dann aber ungebeten erteilte. Das Reichsgericht erklärte die nachträgliche Genehmigung mehrfach für unwirksam[2], da mit der Versagung der Antrag auf Genehmigung hinfällig geworden sei — wieder eine Anerkennung der Zweiseitigkeit gewisser Verwaltungsakte. Auch die Patenterteilung, auch polizeiliche Genehmigungen sind zweiseitige Verwaltungsakte. So hatte jemand den Antrag auf Erteilung eines Patentes gestellt; am 23. April beschloß das Patentamt antragsgemäß, am 1. Mai wurde der Beschluß zur Post gegeben, am 3. Mai zugestellt, aber schon am 1. Mai hatte der Antragsteller den Antrag widerrufen. Die Anmeldeabteilung des Patentamts mußte sich wegen der Gebührenfrage mit der Gültigkeit des Patents befassen und sprach aus, daß es an unheilbarer Nichtigkeit leide[3]. Ähnlich war der Anlaß, der das preußische OVG. dazu brachte, die Unwirksamkeit einer ohne Antrag erteilten gewerbepolizeilichen Genehmigung anzunehmen. Jemand hatte den Antrag auf Genehmigung zum Vermieten von Zimmern gestellt, der Kreisausschuß erteilte aber die Genehmigung zum Betrieb einer Gast- und Schankwirtschaft. Als nun der Zimmervermieter zur Steuer wegen Erlangung der Erlaubnis zum Betriebe einer Gast- und Schankwirtschaft herangezogen wurde, stellte ihn das OVG. frei, da er die gar nicht erbetene Erlaubnis auch nicht „erlangt" habe[4].

Die Beispiele mögen genügen. Sie zeigen, daß die Rechtsprechung mit sicherem Takte der Mitwirkung des einzelnen beim Zustandekommen eines Verwaltungsaktes größere Bedeutung beimißt als sonstigen gesetzlichen Erfordernissen[5]. Bedenkt man, daß auch das Zivilprozeßrecht die mangelnde oder mangelhafte Mitwirkung des Klägers oder des Beklagten besonders schwer nimmt (ZPO. §§ $579^{I\,4}$, $586^{III}$), so entspricht deutscher Rechtsauffassung der Satz, daß die mitwirkungsbedingten Verwaltungsakte im Zweifel nicht Verwaltungsakte auf Unterwerfung, sondern zweiseitige Verwaltungsakte sind. Die Hauptregel für den zweiseitigen Verwaltungsakt ist aber die, daß der Verwaltungsakt zwar immer die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich hat, daß er jedoch unwirksam ist, wenn es an der im Gesetze vorgesehenen Mitwirkung des einzelnen fehlt. Außerdem hat sich auf verschiedenen Gebieten eine Regel entwickelt, die dem Umstande gerecht wird, daß der zweiseitige Verwaltungsakt aus zwei weniger innig verbundenen Stücken besteht als der Vertrag, nämlich die, daß der Antrag oder die Zustimmungserklärung des einzelnen bis zum rechtswirksamen Erlasse des Verwaltungsakts zurückgenommen werden kann. Wir erinnern uns des Kommunalbeamten, der seinen Antrag auf Entlassung, und des Erfinders, der seinen Antrag auf Erteilung des Patents rechtzeitig zurückzog[6]. In einem Falle der Lastenübernahme durch einen Gutsbesitzer widerrief dieser erst nach Erlaß des die Übernahme gutheißenden Beschlusses des Kreisausschusses; das OVG. ließ hier den Widerruf mit Recht nicht mehr zu[7].

Der zweiseitige Verwaltungsakt erklärt manches, was man, ohne der zwischen Staat und einzelnem bestehenden Verschiedenheit gerecht zu werden, als öffentlich-

[1] Birkenbihl i. d. Festschr. f. Hagens 1906 S. 226.
[2] RG. V 29. Okt. 21 u. 19. Okt. 27, RGZ. 103, 104ff. u. 118, 230ff.
[3] PatA. 25. Juni 09, PatMustZeichBl. 1909 S. 302f.
[4] PrOVG. 19. Mai 14, Entsch. 67, 64ff.
[5] Auch die Entscheidung des BayVGH. v. 15. März 89, Samml. 11, 115ff., auf die sich Jos. Mayer BayVerwBl. 75 (1927) S. 229 zum Nachweise des Gegenteils beruft, hält sich im Rahmen der allgemeinen Rechtsprechung, da der VGH. ausdrücklich feststellt, daß die mangelnde Zustimmung zur Heimatsrechtsverleihung durch nachträgliche Genehmigung behoben sei.
[6] Andere Beispiele PrOVG. 9. Nov. 28, Entsch. 83, 427f.; SächsOVG. 2. Mai 28, Jahrb. 32, 193ff.
[7] PrOVG. 13. Apr. 16, Entsch. 71, 109ff. Ähnlich OLG. Jena 19. Mai 26, SächsThürArchR. 3 (1926) S. 381f.

rechtlichen Vertrag bezeichnet hat. Denn das Wort „Vertrag“ setzt nach unserm Sprachgebrauch Gleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen voraus, die bei der Aufnahme in den Staatsdienst, den Staatsverband u. dgl. eben doch fehlt. Trotzdem ist die Frage gestattet, ob es neben dem zweiseitigen Verwaltungsakt auch noch das Rechtsgebilde des öffentlichrechtlichen Vertrages gibt. Die Frage ist zu bejahen, wenn man mit dem Worte „öffentlichrechtlich“ alle Tatbestände benennt, die ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis begründen oder sonstwie beeinflussen. Die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen kann hierbei entweder darin bestehen, daß beide nach öffentlichem Rechte zu beurteilen sind, oder darin, daß auf beide sinngemäß das bürgerliche Recht Anwendung findet. Vielfach werden die sogenannten Verträge nichts anderes sein als zweiseitige Verwaltungsakte, so wenn einem Beamten bei vorzeitigem, dem Wunsche des Dienstherrn entsprechenden Ausscheiden ein Ruhegehalt gewährt wird[1], oder wenn die Gemeinde jemand vorzugsweise eine Wohnung zuweist, sofern sich der andere Teil zur Herstellung von Wohnungen verpflichtet[2]. Auch die „Vereinbarungen“, die gewisse Steuergesetze, z. B. § 43 des preußischen Kommunalabgabengesetzes[3], zwischen Steuerbehörde und Steuerpflichtigem vorsehen, sind wohl als zweiseitige Verwaltungsakte gedacht, da nicht einzusehen ist, warum der Staat oder die Gemeinde bei der Änderung bestehender Steuerpflichten als bloße Privatpersonen auftreten sollen. Die „Vereinbarungen“ haben also die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich, ja sind sogar nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzes selbst bei unterlaufenen Gesetzwidrigkeiten grundsätzlich unüberprüfbar. Aber es gibt auch wirkliche öffentlichrechtliche Verträge, selten zwischen zwei Privatleuten oder einem Privatmann und einem Träger öffentlicher Gewalt, häufiger zwischen zwei Rechtssubjekten der letzten Art. Zu den erstgenannten Verträgen gehören z. B. gewisse Anstaltsbenutzungsverträge, bei denen die obrigkeitliche Natur des zweiten Vertragsteils ganz zurücktritt, beim Fernsprechanschlußvertrag z. B.[4] oder einem Vertrage über die Gewährung eines an sich nicht bestehenden Rechts zur Benutzung eines städtischen Elektrizitätswerkes[5]. Auch die Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen, die während der Geldentwertung zum Gegenstande eingehender wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht wurden[6], gehören hierher. Ebenso sind die zwischen einer Gemeinde und einem Unternehmer nach § 15 des preußischen Fluchtliniengesetzes abgeschlossenen Straßenherstellungsverträge solche des öffentlichen Rechts[7], da sie der Gemeinde dem Unternehmer gegenüber die gleichen obrigkeitlichen, im Verwaltungszwangsverfahren durchzusetzenden Befugnisse einräumen wie die gesetzlichen gegenüber den Anliegern. Häufiger kommen öffentlichrechtliche Verträge zwischen zwei Trägern öffentlicher Gewalt vor. Beispiele sind die Konkordate zwischen Staat und Kirche, die Vereinbarungen zwischen Reich und Ländern, die Eingemeindungsverträge zwischen zwei Gemeinden[8], soweit sie mehr sind als eine unmaßgebliche Unterlage für ein Gesetz oder einen einseitigen, die Eingemeindung aussprechenden Verwaltungsakt, die Verträge zwischen Kreisverband und Provinzialverband über die Unterhaltung öffentlicher

[1] RG. III 14. Nov. 13, PrVerwBl. 37 (1916) S. 169ff.; RG. III 13. März 25, RGZ. 110, 293ff.

[2] OLG. Stuttgart in WüRV. 19 (1926) S. 51ff.

[3] Vgl. z. B. PrOVG. 3. Mai 21, Entsch. 76, 256ff. Wegen des Reichssteuerrechts vgl. O. Bühler Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 S. 351ff. — Über die sog. „Loskaufverträge“ siehe oben S. 26.

[4] RG. III 20. Apr. 20, RGZ. 98, 341ff.

[5] BayKompGH. 11. März 22, BayObLGZiv. 22 B, 23ff.

[6] Vgl. Fleischmann in Gruch. 61 (1917) S. 689ff.

[7] PrOVG. 7. März 18, Entsch. 74, 72ff.; vgl. auch Kiefersauer in BayGemZ. 36 (1926) Sp. 805.

[8] Vgl. z. B. PrOVG. 22. Jan. 12, Entsch. 62, 385ff.; SächsOVG. 13. März 13 u. 30. Juli 24, Jahrb. 20, 266ff. u. 28, 204ff.

Wege[1]. Die öffentlichrechtlichen Verträge beider Art bringen ähnliche Fragen mit sich wie die Verträge des Völkerrechts und des Privatrechts. Namentlich hat die clausula rebus sic stantibus auch im Verwaltungsrecht Bedeutung[2].

**3. Inhaltliche Unterschiede.** Durch alle Verwaltungsakte hindurch geht die große Zweiteilung in begünstigende und belastende Akte. Es ist ohne weiteres klar, wird aber doch mitunter übersehen, daß die Erfordernisse eines rein begünstigenden Aktes, z. B. einer Erlaubniserteilung, weniger streng sind als die eines belastenden Aktes. Bei der Erteilung einer Polizeierlaubnis z. B. kann sich die Polizei von Beweggründen leiten lassen, die beim Erlaß eines Polizeibefehls unstatthaft sind[3]. Auch gilt der bekannte Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur für die belastenden Akte. Gesetzlich nicht verbotene Zusagen, z. B. über die Zahlung einer Beihilfe an eine vom Hochwasser heimgesuchte Gemeinde oder über Zulagen zum Beamtengehalt[4], bedürfen nicht der gesetzlichen Grundlage.

Sieht man von dieser das ganze Recht der Verwaltungsakte durchziehenden Zweiteilung ab, so liegt eine andere Zweiteilung nahe. Die Verwaltungsakte sind zumeist auf die Schaffung neuer Verhältnisse gerichtet, daneben gibt es aber auch Akte, bei denen sich die Behörde mit der Feststellung bestehender Verhältnisse begnügt. Diese Zweiteilung in ändernde Verwaltungsakte und feststellende Verwaltungsakte liegt der folgenden Darstellung zugrunde. Aber sie erschöpft noch nicht alle Möglichkeiten staatlicher Betätigung. Auch das Gegenteil eines Eingreifens im Sinne einer Änderung oder einer Feststellung, auch das ablehnende Verhalten bedarf der Erwähnung.

a) Das ablehnende Verhalten äußert sich entweder in Untätigkeit oder in einer ausdrücklichen Weigerung.

Die Untätigkeit einer Behörde rückt in dem Augenblicke in den Bereich des Rechts, in dem die Behörde verpflichtet ist, sich zu betätigen. Der nach dem heutigen Stande der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den meisten Ländern einzige Rechtsbehelf gegen behördliche Untätigkeit ist die Anrufung der vorgesetzten Behörde, bei Untätigkeit der höchsten Stelle eine Eingabe an die Volksvertretung. Der so naheliegende Gedanke, die Untätigkeit während einer bestimmten Frist wenigstens der Ablehnung der Vornahme eines Verwaltungsaktes gleichzusetzen, ist in Deutschland noch kaum verwirklicht. So steht dem Beamten für seine vermögensrechtlichen Ansprüche der Rechtsweg offen, aber erst nach Ablehnung seines Anspruchs durch die zuständige Behörde, meist den Minister. Der Minister kann aber die Entscheidung monate- und jahrelang hinauszögern, ohne daß hiergegen ein Gericht angerufen werden könnte, es sei denn auf dem Umwege über die Amtshaftung nach RV. Art. 131. Ein französisches Gesetz vom 17. Juli 1900 setzt daher in vernünftiger Weise ein viermonatiges Schweigen einem ablehnenden Bescheide gleich[5]. Das bayerische Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 11. Juni 1920 enthält für die Zulässigkeit der Anbringung einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Ministerium eine ähnliche Bestimmung (§ 42). Auch das künftige Beamtenrecht wird vielleicht der französischen Regelung folgen[6]. Vorläufig hilft sich die Rechtsprechung, wenn irgend möglich, mit der Annahme still-

---

[1] Vgl. z. B. PrOVG. 19. Jan. 99, Entsch. 35, 245f.; vgl. auch PrOVG. 8. März 17 u. 26. Juni 24, Entsch. 72, 310ff. u. 79, 225ff.; ThürOVG. 12. Dez. 28, Jahrb. 13, 45ff.

[2] Apelt Der verwaltungsrechtliche Vertrag 1920 S. 217ff.; PrOVG. 13. Juni 29, Entsch. 84, 301ff. (Treu und Glauben als mögliche Quelle der cl. r. s. st.). Vgl. auch SächsOVG. 22. Apr. 27, Jahrb. 31, 32ff. (Anfechtung wegen Irrtums).

[3] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 300ff.

[4] Vgl. z. B. RG. III 3. Apr. 25, RGZ. 110, 385ff.

[5] Hierüber die rechtsvergleichende Studie von J. Laferrière in der Revista de drept public 5 (1930) S. 299ff.

[6] Vgl. vorerst § 446 der Reichstagsdrucksache 24 der IV. Wahlperiode.

schweigender Verwaltungsakte. Der Oberpräsident gibt z. B. eine weitere Beschwerde an den Landwirtschaftsminister ab; darin liegt nach Ansicht des OVG. ein stillschweigender, die eigene Zuständigkeit verneinender Bescheid des Oberpräsidenten, der die Klage vor dem OVG. eröffnet[1], sehr wichtig, da die Klage gegen den Bescheid des Ministers unzulässig wäre. Das preußische Tumultschadengesetz vom 11. März 1850 sah die gerichtliche Geltendmachung des Schadens binnen vier Wochen nach dem Tage vor, an welchem dem Beteiligten der Bescheid des Gemeindevorstands zugegangen war (§ 5). Das Reichsgericht[2] ließ aber die Klage auch dann zu, „wenn der Wille des Gemeindevorstandes, dem erhobenen Anspruche nicht zu genügen, aus der gesamten Sachlage hervorging".

Eine andere Bedeutung hat die behördliche Untätigkeit, wenn die Behörde nur die Befugnis, nicht die Pflicht zur Äußerung hat und nach Ablauf einer bestimmten Frist die Befugnis verliert[3]. Hier braucht man nicht die Vorstellung von einem stillschweigenden Verwaltungsakte zu Hilfe zu nehmen, auch wenn das Gesetz etwa sagt, das behördliche Schweigen innerhalb dreier Wochen gelte als Genehmigung, vielmehr ist hier die Zulässigkeit des zu Genehmigenden aufschiebend bedingt von der Erteilung der Genehmigung oder der Nichtversagung der Genehmigung innerhalb der angegebenen Frist. Die Frist ist im Grunde eine Einspruchs- und keine Genehmigungsfrist.

Außer der Untätigkeit gibt es als ablehnendes Verhalten noch die Weigerung.

Die am häufigsten vorkommende Form der Weigerung ist die Versagung eines vom einzelnen beantragten, für ihn günstigen Verwaltungsaktes: Versagung der Bauerlaubnis, der Erteilung eines Wandergewerbescheins, der Entlassung aus dem Staatsverbande, des Urlaubs. Im Gegensatze zur Untätigkeit ist die Versagung ein der Anfechtung im Verwaltungsstreitverfahren unterliegender Verwaltungsakt. Allerdings erweist sich das rein Negative der Versagung gerade hierbei: das die Versagung aufhebende Urteil des Verwaltungsgerichts setzt nicht etwa den beantragten Verwaltungsakt an die Stelle der Versagung, sondern stellt nur den vor der Versagung vorhanden gewesenen Rechtszustand wieder her, verpflichtet also die Behörde zur nochmaligen Prüfung des Antrags.

Besteht die Versagung in der Weigerung zur Vornahme eines begünstigenden Aktes, so enthält die Nichtbeanstandung die Erklärung, gegen einen Zustand oder eine Begebenheit nicht einschreiten zu wollen[4]. Mitunter bittet der des Rechts unkundige Bürger um die Erlaubnis zu einer gar nicht erlaubnispflichtigen Betätigung, z. B. der Gründung eines Vereins. Die Behörde muß dann, wenn sie sich nicht ungehörigerweise eine ihr nicht zustehende Befugnis anmaßen will, antworten, daß das Vorhaben nicht zu beanstanden sei. Unter Umständen kann es wichtig sein, die Nichtbeanstandung von der Erteilung einer Erlaubnis zu scheiden. Die Nichtbeanstandung will dem Antragsteller keine Freiheit verleihen, die ihm nicht ohnedies zusteht. Beruht sie auf irriger Tatsachenwürdigung, so kann sie ohne weiteres richtiggestellt werden, während die Zurücknahme einer irrig erteilten Erlaubnis unter Umständen nicht zulässig ist. Die Nichtbeanstandung kann aber auch den Entschluß bedeuten, keinen rechtsvernichtenden Akt, keine „Beanstandung" mit Einspruchswirkungen vornehmen zu wollen, und kommt in diesem Sinne vor allem im Kommunalrecht vor. So hat der Gemeindevorstand nach § 15 des preußischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 gesetzwidrige Beschlüsse der Gemeindevertretung zu beanstanden; die gleiche Befugnis steht dem Gemeindevorsteher gegen gesetzwidrige Beschlüsse des kollegialen Gemeinde-

---

[1] PrOVG. 25. Sept. 17, Entsch. 73, 374ff. Vgl. auch PrOVG. 10. Okt. 16, PrVerwBl. 38 (1917) S. 493f.; BayVGH. 6. Okt. 20, Samml. 41, 101ff.; LVG. Schwerin 14. Dez. 28, MecklZ. 45 (1929) Sp. 476ff.

[2] RG. VI 24. März 22, RGZ. 105, 122. [3] Vgl. z. B. pr. G. v. 10. Febr. 23 § $7^{IV}$.

[4] Über die Weigerung zum Einschreiten gegen einen Dritten vgl. oben S. 207.

vorstandes zu (§ 29). Wie nun, wenn der zu beanstandende Beschluß des kollegialen Gemeindevorstands in der Nichtbeanstandung eines Beschlusses der Gemeindevertretung besteht? Das OVG. steht in solchen und ähnlichen Fällen auf dem Standpunkt, daß gegen rein negative Beschlüsse eine Beanstandung unzulässig sei[1], da sie hier doch nichts erreiche, namentlich die vom Verwaltungsgericht etwa aufgehobene Nichtbeanstandung nicht gleichbedeutend mit einer Beanstandung wäre. Hier scheint ein durch die Häufung von Negationen erklärlicher Irrtum des OVG. vorzuliegen. Die Aufhebung der Nichtbeanstandung hätte allerdings keine unmittelbare positive Wirkung, sie würde aber den kollegialen Gemeindevorstand zur nochmaligen Beratung und Beschlußfassung zwingen. Namentlich springt die Verwandtschaft der Nichtbeanstandung mit der Versagung ins Auge. Da das OVG. die Anfechtung von Versagungen zuläßt, ist seine abweichende Stellungnahme zur Anfechtbarkeit sonstiger negativer Beschlüsse nicht recht erklärlich.

b) In die ändernden, insbesondere gestaltenden Verwaltungsakte läßt sich durch Anlehnung an die Arten der Rechtssätze — befehlende, freiheitgewährende, machtverleihende und -entziehende, aufhebende — eine gewisse Ordnung bringen.

Es begegnet also zunächst der Befehl in seinen beiden Spielarten Gebot und Verbot. Den Unterschied kennen wir bereits (oben S. 193), das Gebot setzt Leben voraus, das Verbot würde auch vom Leblosen erfüllt werden. Die Vorladung der Auskunftsperson, die Aufforderung zur Abgabe einer Steuererklärung, die an den Beamten ergehende Anordnung zur Bearbeitung einer Angelegenheit, der Befehl an den ansteckend Kranken, sich heilen zu lassen, sind Beispiele für Gebote, die Anordnung, einen geplanten Gewerbebetrieb nicht zu eröffnen, über ein bestimmtes Vorkommnis strengstes Stillschweigen zu beobachten, auf dem eigenen Grundstück keinen Bretterzaun zu errichten, Beispiele von Verboten. Die Unterscheidung ist wichtig, wenn das Gesetz nur zum Erlasse von Verboten ermächtigt, oder wenn der Polizei vorgeworfen wird, sie habe mehr angeordnet als nötig war, da sie ein Gebot, z. B. die Anordnung zum Neubau einer Treppe, erlassen habe, wo doch ein Verbot, z. B. das Gebäude vor Neubau der Treppe als Versammlungslokal zu benutzen, ausgereicht hätte.

Das Gegenstück zum Befehle bildet die Freiheitgewährung. Wird die Freiheit von einem Verbote erteilt, so spricht man von Erlaubnis, bei einer außergewöhnlichen Erlaubniserteilung von Dispens, einem Worte, das übrigens auch für außergewöhnliche Machtverleihungen üblich ist. Für die Gewährung der Freiheit von einem Gebote fehlt ein allgemein eingebürgerter Ausdruck, doch kann man hier von Pflichtentbindung oder besser von Befreiung sprechen[2]. Da die Polizei sich vor allem in Verboten, die Finanzbehörden in positiven Anordnungen betätigen, ist der Hauptsitz der Erlaubnis das Polizeirecht, der Befreiung das Finanzrecht. Statt Erlaubnis findet sich auch häufig der Ausdruck „Genehmigung", für Bauerlaubnis der Ausdruck „Baukonsens". Auch das Wort „Konzession" kommt im Sinne von „Erlaubnis" vor, so bedürfen Unternehmer von Privat-Kranken-, Privat-Entbindungs- und Privat-Irrenanstalten einer „Konzession", die nichts anderes ist als eine Erlaubnis (GewO. § 30), doch wird es besser für die machtverleihenden Verwaltungsakte vorbehalten. Zu den Erlaubniserteilungen gehören ferner Bescheinigungen, die zunächst nur feststellen, daß der beabsichtigten Betätigung nichts im Wege steht, die aber doch mehr sind als gewöhnliche Feststellungen, da ohne sie die beabsichtigte Betätigung unerlaubt bleibt.

---

[1] PrOVG. 12. Juni 13, Entsch. 65, 138ff.; vgl. auch PrOVG. 20. Mai 24 u. 29. Mai 25, PrVerwBl. 45 (1924) S. 469 u. 46 (1925) S. 488. Wegen der Besonderheit des Falles richtig SächsOVG. 14. Juli 26, Jahrb. 30, 50ff.

[2] Otto Mayer I S. 357 schlägt „Gestattung" vor, doch macht der gewöhnliche Sprachgebrauch zwischen Erlaubnis und Gestattung keinen Unterschied.

So ist die „Bescheinigung“, daß ein Bauvorhaben den gesetzlichen Bestimmungen entspricht, keine bloße Nichtbeanstandung, sondern, da ohne sie das Bauen unerlaubt wäre, eine Erlaubnis. Auch die Befähigungszeugnisse der Seeschiffer, Seesteuerleute, Maschinisten der Seedampfschiffe und Lotsen, die Prüfungszeugnisse der Hebammen und Hufschmiede (GewO. §§ $31^{I}$, $30^{III}$, 30a) sind zwar an sich bloße Feststellungen, haben aber daneben noch die Bedeutung von Erlaubniserteilungen, da ohne diese Zeugnisse die Ausübung der genannten Berufe unzulässig ist. Um der Eigenart solcher Zeugnisse gerecht zu werden, kann man sie Bescheinigungen mit Erlaubniswirkungen nennen. Die Erlaubniserteilungen begründen subjektive Rechte nur in dem Maße, als man die Freiheitsrechte als echte subjektive Rechte anerkennt, also nach dem von uns früher (S. 208) Ausgeführten insofern, als der Erlaubnisempfänger einen Unterlassungsanspruch gegen den Staat erwirbt. Nur in besonderen Fällen hat die Erlaubnis die weitergehende Wirkung einer Machtentziehung gegen dritte Personen, daher diesen in solchen Fällen vorher Gelegenheit zur Erhebung von Einwendungen gegeben werden muß. Der bekannteste Fall ist die Genehmigung gewerblicher Anlagen der im § 16 GewO. bezeichneten Art. Ist z. B. eine Fabrik rechtskräftig genehmigt worden, dann können die Nachbarn nicht mehr die ihnen vielleicht sonst zustehende Klage auf Einstellung des Gewerbebetriebs erheben, sondern nur noch auf Herstellung von Schutzvorrichtungen oder auf Geldentschädigung klagen (GewO. § 26).

Diese Abart nicht ganz reiner Erlaubniserteilungen leitet über zu den Machtverleihungen und Machtentziehungen, bekannter unter dem Namen rechtsbegründender und rechtsvernichtender oder auch „konstitutiver“ Verwaltungsakte. Wir vermeiden jede Anspielung auf die Schaffung und Beseitigung subjektiver Rechte absichtlich, da der berechtigte Einwand, auch die Erlaubnis, auch die Befreiung begründe subjektive Rechte, sei also ein rechtsbegründender Akt, allzu nahe liegt. Machtverleihende Akte sind z. B. die Anstellung im Staatsdienst, die Schaffung einer juristischen Person, die Verleihung eines Patents, des Bergwerkseigentums, die Volljährigkeitserklärung, die Verbindlichkeitserklärung eines Schiedsspruchs[1]. Für die Verleihung eines Rechts an einer öffentlichen Sache, z. B. einer Straße, einem Wasserlauf, einem Stück des Meeresstrandes, und für die Ausstattung eines Privatmanns oder einer Privatgesellschaft mit den Befugnissen einer öffentlichen Unternehmung ist der Ausdruck „Konzession“ üblich; eben deshalb vermeidet man, wie oben gezeigt, den Ausdruck besser bei der Bezeichnung einer Erlaubnis, denn die „Konzession“ des mit bahnpolizeilichen Befugnissen verbundenen Eisenbahnbetriebs für eine Aktiengesellschaft enthält offenbar mehr als die sog. Gastwirtschaftskonzession, die dem Inhaber der Wirtschaft nur seine natürliche Freiheit wiedergibt, aber keinerlei hoheitliche Befugnisse verleiht. Beispiele für machtentziehende Verwaltungsakte sind die Kündigung eines auf Kündigung angestellten Beamten[2], die Auflösung einer juristischen Person, die Enteignung, die Beschlagnahme[3], die Auflösung eines privatrechtlichen Vertrags durch staatliche Verfügung[4], die Entmündigung, die Entziehung der Staatsangehörigkeit. Zu den machtentziehenden Verwaltungsakten gehören auch solche, die das Wirksamwerden eines Beschlusses oder einer sonstigen Willenserklärung hindern, z. B. die Beanstandungen eines Gemeindebeschlusses, Einsprüche mannigfacher Art. Die Androhung einer Strafe ist ebenfalls für den einzelnen ein machtentziehender Verwaltungsakt, für den Staat eine Machtverleihung, beides bedingt durch den Eintritt des mit Strafe bedrohten Ereignisses.

[1] Vgl. ERWIN JACOBI Grundlehren des Arbeitsrechts 1927 S. 416ff.

[2] SächsOVG. 4. Febr. 25, Jahrb. 28, 177ff.

[3] Über die Wohnungsbeschlagnahme vgl. AUERBACH und HEIN im PrVerwBl. 45 (1924) S. 87f., 239ff.

[4] ReichsVO. v. 2. Nov. 23 § 7; ReichsVO. v. 26. Juli 30, 5. Abschn. § 1; für die Kriegszeit vgl. J. GOLDSCHMIDT und KÖPPEL im ArchZivPr. 117 (1919) S. 1ff. u. S. 229ff.

Damit ist, abgesehen von den Verwaltungsakten tatsächlicher Art, von denen noch zu sprechen sein wird, der Kreis möglicher positiver Verwaltungsakte geschlossen. So wie es nur befehlende, freiheitgewährende, machtverleihende und machtentziehende Gesetze gibt außer den aufhebenden, so gibt es auch für den Einzelfall nur Befehle, Freiheitgewährungen, Machtverleihungen und Machtentziehungen. Nun fehlt nur noch der den früheren Verwaltungsakt wieder beseitigende, der aufhebende Verwaltungsakt im weiteren Sinne, deshalb im weiteren Sinne, weil man im engeren Sinne unter Aufhebung die Rückgängigmachung eines Verwaltungsakts durch die höhere Behörde versteht. Der allgemeine Ausdruck für die Aufhebung eines Verwaltungsakts durch die Behörde, die ihn erlassen hat, ist Zurücknahme, der Ausdruck Widerruf wird meist für die Zurücknahme eines begünstigenden Aktes gebraucht. Wann der Widerruf zulässig ist, sei am Ende des Paragraphen erörtert. Hier begegnet nur die Frage, ob die Einführung der aufhebenden Verwaltungsakte neben den positiven wirklich nötig ist, ob nicht insbesondere die Zurücknahme einer erteilten Erlaubnis einem Verbote gleichkommt. Die Frage ist zu verneinen. Schon wenn die Erlaubnis nötig war, ist ihre Zurücknahme weniger als ein Verbot, ist die Zurücknahme namentlich keine genügende Grundlage für den Verwaltungszwang, sie müßte denn mit einem Verbote verbunden sein[1]. Vor allem aber zeigt sich der Unterschied bei der unnötigerweise erteilten und dann widerrufenen Erlaubnis[2]. Mit dem Widerruf wird der vor der Erteilung vorhanden gewesene Zustand hergestellt, das ist aber die Erlaubtheit kraft Gesetzes und eben nicht das Verbotensein kraft Verwaltungsaktes[3].

So bleiben nur noch die Verwaltungsakte tatsächlicher Art, d. h. körperliche Betätigungen, die einen Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers oder, wie bei der Übergabe der Rettungsmedaille, eine Vorteilsgewährung für ihn darstellen. Rechtlich bedeutsam sind vor allem die Eingriffe. Die Verbringung des Trunkenen oder der Dirne auf die Wache, des gefährlichen Massenführers in Schutzhaft, des lästigen Ausländers an die Grenze, die Zwangsimpfung, Zwangsheilung, Zwangsentlausung, das Eindringen in eine Wohnung, die Vornahme von Arbeiten auf einem Privatgrundstück, die Plombierung des Bierhahns sind offenbar solche Eingriffe tatsächlicher Art. Was sie zu Verwaltungsakten macht, die bei behaupteter Rechtswidrigkeit dem geordneten Anfechtungsverfahren vor den Verwaltungsgerichten unterliegen, ist der in ihnen steckende Duldungsbefehl der Verwaltungsbehörde, den tatsächlichen Eingriff über sich ergehen zu lassen[4]. Aber auch Akte, die nicht so deutlich in die Sphäre des einzelnen eingreifen wie die genannten, können bei verfeinerter Anschauung über die Grenze der persönlichen Rechtssphäre als Eingriffe tatsächlicher Art angesehen werden, so die räumliche Nähe des Polizeibeamten, der eine Frau vor einer unsanften ehelichen Aussprache schützen oder der kraft Auftrags des Bürgermeisters einen Lehrer daraufhin überwachen soll, ob er nicht die Polizeistunde überschreite[5]. Selbst ehrenkränkende Äußerungen der Polizeibehörde, wie Warnungen vor dem Geschäftsgebaren eines bestimmten Kaufmanns, können kraft des ihnen zugrunde liegenden Duldungsbefehls Verwaltungsakte sein, die der Betroffene vor den Verwaltungsgerichten anfechten kann (vgl. S. 23f.).

Diese Verwaltungsakte tatsächlicher Art legen die Frage nahe, ob es sich

---

[1] Vgl. eine ähnliche Frage bei BayVGH. 10. Nov. 30, Samml. 51, 74ff.

[2] Beispiele für unnötigerweise erteilte Genehmigungen bei PrOVG. 14. Apr. 16, 8. Nov. 17 u. 2. Dez. 29, Entsch. 70, 176ff. u. 73, 322ff., RVerwBl. 51 (1930) S. 419f.

[3] So für den Regelfall auch ThürOVG. 23. Jan. 29, Jahrb. 13, 55ff. Anders OldOVG. 21. Mai 08, OldZ. 36 (1909) S. 31, für den gleichliegenden Fall der Versagung.

[4] PrOVG. 10. Apr. 24, Entsch. 79, 400ff. (gewaltsames Eindringen in die Wohnung), ähnlich PrOVG. 28. Okt. 10, Entsch. 58, 264ff.; BadVGH. 16. Dez. 30, BadVerwZ. 1931 S. 19ff. (Wegnahme von Uniformen mit Billigung der Polizeidirektion).

[5] Vgl. den Disziplinarfall PrOVG. 28. Juni 12, Entsch. 63, 464ff.

empfiehlt, die andern Verwaltungsakte, wie Befehle, Erlaubniserteilungen, Machtverleihungen u. dgl., als „rechtsgeschäftliche“ Verwaltungsakte zu bezeichnen, zumal KORMANN sein bekanntes Buch „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte“ genannt hat. Wir verneinen die Frage mit Rücksicht auf das Sprachgefühl. So mannigfach die Ähnlichkeiten zwischen den privaten und den öffentlichrechtlichen Willenserklärungen sein mögen, so sind es doch keine „Geschäfte“, die der Staat bei Betätigung seiner hoheitlichen Gewalt abschließt. Die Sprache wird nie zulassen, daß man die Enteignung, die Steuerveranlagung, das Polizeiverbot, den Widerruf einer polizeilichen Genehmigung als „Rechtsgeschäft“ bezeichnet. Die Sprache hat aber mit ihrer Unterscheidung auch recht. Denn das Verhältnis des Verwaltungsaktes zum Gesetze ist ein anderes als das des privaten Rechtsgeschäfts. Das private Rechtsgeschäft, z. B. ein Vertrag, ist nur gültig, weil ein frei erlassenes und frei wieder aufhebbares Gesetz sein „ita ius esto“ dahintersetzt. Auch die Gültigkeit eines Verwaltungsaktes allerdings läßt sich nur erklären vermittels eines Rechtssatzes, daß eben die Vornahme jenes Aktes rechtliche Wirkungen nach sich zieht, aber dieser Rechtssatz hängt so eng mit dem Staate zusammen, daß der Staat aufgehoben wird, wenn man alle Rechtssätze dieser Art streicht. Ein Staat, der keine Verwaltungsakte vornehmen kann, ist kein Staat mehr, und umgekehrt: mit dem Staat ist auch mindestens eine Stelle da, die obrigkeitliche Akte dem einzelnen gegenüber vornehmen kann. Daher ist die Ermächtigung zum Erlasse von Verwaltungsakten anders geartet als die zur Vornahme privater Rechtsgeschäfte, und auch aus diesem Grunde empfiehlt sich der Ausdruck „rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakt“ nicht. Der „rechtsgeschäftliche Staatsakt“ bildet bei KORMANN noch einen Gegensatz zum „rechtshandlungsmäßigen Staatsakt“[1]. Der Unterschied soll darin bestehen, daß sich bei den Rechtshandlungen, anders als bei den Rechtsgeschäften, rechtliche Wirkungen ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden ergeben. Als Beispiel nennt KORMANN die öffentliche Urkunde im Gegensatze zum richterlichen Urteil (S. 23f.). „Wenn ein Beamter innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form eine Urkunde aufgenommen hat, so hat er damit eine öffentliche Urkunde geschaffen und sie ist ein taugliches Objekt zu einer Urkundenfälschung nach StGB. §267, auch wenn der Beamte erklärt haben sollte, sein Machwerk solle keine öffentliche Urkunde sein.“ Beim richterlichen Urteil soll es anders liegen. Aber gerade dies Beispiel zeigt, welch geringen Wert die Unterscheidung zwischen Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften im öffentlichen Rechte hat. Denn offenbar ist das, was KORMANN von der öffentlichen Urkunde sagt, nicht richtig. Die im Scherz aufgenommene öffentliche Urkunde ist ebensowenig eine öffentliche Urkunde wie das im Scherz, etwa ironisch, ausgesprochene Urteil ein Urteil ist. Ein Unterschied zwischen öffentlicher Urkunde und richterlichem Urteil in dem von KORMANN angedeuteten Sinne besteht nicht. Bedenkt man noch, daß auch die Rechtsprechung ohne die Unterscheidung der Verwaltungsakte in rechtsgeschäftliche und andersgeartete auskommt, so liegt für uns keinerlei Grund vor, uns des Ausdrucks „rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakt“ zu bedienen.

c) Feststellende Verwaltungsakte sind nicht so häufig wie ändernde, da eben das Lebenselement der Verwaltung die Handlung ist. Daher versteht es sich keineswegs von selbst, daß die zur Vornahme eines ändernden Verwaltungsaktes befugte Behörde auch zuständig für Feststellungen verwandter Art sein soll. So konnte früher der Regierungspräsident auf Antrag Familiennamen ändern; daraus durfte er aber nicht die Befugnis zur Feststellung zweifelhafter Namen herleiten[2]. Ebensowenig folgt aus der Befugnis, einen Weg zu einem öffentlichen

[1] Über die Unterscheidung im Privatrecht vgl. H. NEUMANN Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft, Festg. f. WILKE 1900 S. 207ff.

[2] PrOVG. 5. Mai 13, Entsch. 65, 264ff.

zu machen, die Zuständigkeit zur Feststellung der bestrittenen Öffentlichkeit eines Weges. Auch die bindende Auslegung eines Verwaltungsaktes steht nicht der Behörde zu, von der der Akt stammt; wohl wird sie darüber gehört, ob sie z. B. mit der Genehmigung eines „Schalterverkaufs" nur den Verkauf über die Straße oder auch den Verkauf zum Genuß auf der Stelle gemeint hat, aber bindend ist ihre Auskunft nicht[1]. Ja, der Gedanke der Trennung der Gewalten ist uns so sehr in Fleisch und Blut übergegangen, daß wir es als einen schweren Mangel empfinden, wenn endgültige, unüberprüfbare Feststellungen den Behörden der aktiven Verwaltung und nicht den Verwaltungsgerichten zugewiesen werden. Gerade das gab der Verwaltung der Kriegs- und Nachkriegszeit den Anstrich des Polizeistaatlichen, daß es bei den Maßnahmen der Kriegs- und Übergangswirtschaft immer wieder hieß, die oder jene Verwaltungsbehörde entscheide endgültig. Vor allem machte die schon früher erwähnte Abgeltungserweiterungsverordnung vom 24. Oktober 1923 böses Blut, die nicht nur die Abgeltungssachen den Gerichten entzog, sondern auch die Entscheidung der Vorfrage, ob etwas eine Abgeltungssache ist, dem Reichsminister der Finanzen übertrug. Aber auch in gewöhnlichen Zeiten sind noch nicht alle Feststellungen verwaltungsrechtlicher Art den Gerichten übertragen. So entscheidet über die Öffentlichkeit eines Weges in Baden und in Mecklenburg-Schwerin bis auf den heutigen Tag das Ministerium des Innern endgültig[2].

Die wichtigste Einteilung innerhalb der feststellenden Verwaltungsakte ist die in Beurkundungen und Entscheidungen. Gegenstand der Beurkundung ist meist eine Tatsache, der Entscheidung meist ein Rechtsverhältnis, doch gibt es auch Urkunden über Rechtsverhältnisse, wie den Heimatschein, und Entscheidungen über Tatsachen, wie die über die Echtheit einer Urkunde. Besser sind Urkunden und Entscheidungen dadurch gekennzeichnet, daß die Beurkundung ein grundsätzlich überprüfbarer, die Entscheidung ein grundsätzlich unüberprüfbarer Verwaltungsakt ist.

d) Zusammengesetzte Verwaltungsakte. Nebenbestimmungen. Die möglichen Arten von Verwaltungsakten sind uns jetzt bekannt. Aber nicht immer treten sie so rein auf, wie im vorstehenden dargestellt wurde. Verbote können mit Geboten, Machtentziehungen mit Verboten, Gebote mit Erlaubniserteilungen verbunden sein. Für einen mathematisch geschulten Kopf wäre es eine dankbare Aufgabe, alle nur denkbaren Kombinationsmöglichkeiten zu ermitteln. Wir begnügen uns mit den am häufigsten vorkommenden Verbindungen, nämlich denen, in denen ein zweiter Verwaltungsakt oder eine sonstige Maßgabe als Nebenbestimmung auftritt.

Durch Otto Mayers Sprachprägung bekannt ist das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt[3], indessen stellt es mehr die Verbindung einer Rechtsnorm mit einem Verwaltungsakt dar als die Verbindung zweier Verwaltungsakte miteinander. So verbietet die Gewerbeordnung zunächst den gewerbsmäßigen Betrieb eines Schauspielunternehmens, sieht aber eine Entbindung von dem Verbote durch Erteilung einer Erlaubnis vor. Doch sind auch verbietende Verwaltungsakte mit Erlaubnisvorbehalt denkbar. Die Polizeibehörde verbietet z. B. einem bestimmten Ausländer den Wechsel seiner Arbeitsstätte ohne vorhergehende polizeiliche Erlaubnis. Hier ist der Hauptverwaltungsakt, das Verbot, auflösend bedingt durch die zu erteilende Erlaubnis.

---

[1] PrOVG. 29. Apr. 15, Entsch. 69, 368ff. Über die Auslegung polizeilicher Verfügungen allgemein Schultzenstein PrVerwBl. 44 (1923) S. 236ff.; PrOVG. 26. Febr. 25 u. 20. Jan. 27, Entsch. 79, 418f. u. 84, 291ff.

[2] Bad. Straßenges. v. 14. Juni 84 § 37 Ib, AusfVO. v. 17. Jan. 85 § 2 Ia, § 3 I V; meckl.-schw. WegeO., Bek. v. 31. Mai 26 § 12 II. — Andere Beispiele für bindende Verwaltungsentscheidungen bei PrOVG. 31. Mai 12, Entsch. 62, 94ff., u. OldOVG. 7. Okt. 09, OldZ. 37 (1910) S. 290ff.

[3] Otto Mayer I S. 239.

In gewissem Sinne das Gegenstück hierzu bildet die Erlaubnis mit Widerrufsvorbehalt. Wenn die Erteilung der Erlaubnis im freien Ermessen der Behörde steht, ist es ihr im Zweifel unbenommen, als auflösende Bedingung den freien Widerruf beizufügen. Die Auffassung des preußischen OVG., der Vorbehalt freien Widerrufs sei umzudeuten in einen Vorbehalt polizeilich gebundenen Widerrufs, läßt sich nicht halten[1]. Die Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. Juni 1926 läßt denn auch den zulässigerweise vorbehaltenen Widerruf ohne Einschränkung zu (§§ 142f.).

Durch den Widerruf einer Erlaubnis mit Widerrufsvorbehalt wird das Erlaubte wieder zu etwas kraft Gesetzes Verbotenem. Eine Verbindung zwischen Erlaubnis und Gebot bildet die Erlaubnis mit Auflage. Jemand erhält die Erlaubnis zum Neubau eines Hauses mit der Auflage, ein Gartengitter zu errichten. Der Verwaltungsakt setzt sich hier zusammen aus einer unbedingten Erlaubnis zu bauen und einem bedingten Befehle zur Errichtung des Gartengitters, falls nämlich von der Bauerlaubnis Gebrauch gemacht wird. Tritt die Bedingung ein, so hat die Behörde die Möglichkeit zur Erzwingung der jetzt unbedingt gewordenen Pflicht[2]. Auch mit andern begünstigenden Akten, wie Konzessionen, können Auflagen verbunden werden. Nicht zu verwechseln mit der auflagebeschwerten Erlaubnis ist die den Antrag in gewissen Einzelheiten abändernde Erlaubnis. Der Bauherr will so bauen, daß der Kamin in die Ecke kommt, in der Baugenehmigung verlangt die Behörde, daß er in die Mitte der Wand eingebaut werde. Hier liegt keine Erlaubnis mit Auflage vor, sondern eine Erlaubnis mit Versagung einer Einzelheit. Denn der Bauherr kann das Zimmer auch ganz ohne Kamin lassen, der Baupolizeibehörde lag nur daran, daß der Kamin nicht in die Ecke kam, das andere war nicht mehr als ein Vorschlag.

Nicht zu verwechseln mit der auflagebeschwerten Erlaubnis ist auch die bedingte Erlaubnis[3]. Die vorgesetzte Dienstbehörde erteilt z. B. Urlaub unter der Bedingung, daß vor Beginn des Urlaubs ein anderer Beamter seinen Dienst wieder angetreten hat, oder die Ortspolizeibehörde erteilt die Genehmigung zur Lagerung von Benzin in der Nähe eines Waldes, wenn außerdem noch die Forstbehörde ihre Einwilligung dazu erklärt. Vor Eintritt der Bedingung bleibt hier das bedingt Erlaubte nach wie vor verboten, und die Behörde hat es, im Gegensatze zur Auflage, nicht in der Hand, den Erlaubnisempfänger zur Erfüllung der Bedingung, also im zweiten Beispiel zur Einholung der Genehmigung der Forstbehörde, zu nötigen. Außer der bedingten Erlaubnis gibt es noch andere bedingte Verwaltungsakte, wie Befehle[4] und Befreiungen. Doch sind gewisse Verwaltungsakte, namentlich unter den machtverleihenden und machtentziehenden, ausgesprochen bedingungsfeindlich. So kennt das Recht keine bedingte Einbürgerung oder Entziehung der Rechtsfähigkeit; auch eine bedingte Doktorpromotion wäre unzulässig.

Endlich gibt es noch Erlaubniserteilungen mit Zeitbestimmungen. Dem Karussellbesitzer wird die Erlaubnis zum Karussellbetrieb für Sonntag, den 24., und Montag, den 25. Oktober, erteilt. Oder die Polizeistunde wird bis zum 28. Februar auf zwei Uhr verlängert. Nach Ablauf der bestimmten Tage oder des Endtermins verliert die Erlaubnis ohne weiteres ihre Gültigkeit; einer ausdrücklichen Mahnung von seiten der Polizeibehörde bedarf es nicht. Ob die Behörde eine auf dreißig Tage erbetene, aber nur für fünfzehn Tage erteilte Genehmigung innerhalb der fünfzehn Tage ohne neuen Antrag auf dreißig Tage erstrecken kann, läßt sich

---

[1] Vgl. unten S. 280f.

[2] Anderes Beispiel bei PrOVG. 27. Febr. 17, Entsch. 72, 410ff. (Genehmigung zur Abdeckung eines Daches mit der Auflage, es später durch ein anderes zu ersetzen).

[3] Über den Unterschied vgl. z. B. PrOVG. 3. Okt. 29, Entsch. 85, 263ff.

[4] Vgl. PrOVG. 18. Dez. 19, PrVerwBl. 41 (1920) S. 329f.

nicht mit Sicherheit sagen. Es kommt darauf an, ob die Behörde mit der ersten Genehmigung den weitergehenden Antrag endgültig oder nur vorläufig hat abweisen wollen[1].

### III. Gültigkeit und Ungültigkeit der Verwaltungsakte.

Voranzuschicken ist etwas Sprachliches. Unter Gültigkeit eines Verwaltungsaktes versteht man dessen unbedingte Wirksamkeit. Dies ist der Fall beim fehlerlos zustande gekommenen Verwaltungsakt und dem nur mit geringen Fehlern behafteten. Ungültigkeit dagegen bedeutet nach dem vielleicht bedauerlichen, aber in der Verwaltungsrechtswissenschaft nun einmal eingebürgerten Sprachgebrauch nicht einfach soviel wie Unwirksamkeit, sondern, die Unwirksamkeit allerdings mit umfassend, soviel wie nicht unbedingte Wirksamkeit. Sowohl der schlechthin unwirksame als auch der bedingt unwirksame Verwaltungsakt ist also „ungültig". Gerade dies „Nicht-unbedingt-wirksam-sein" deutet aber an, daß hier mannigfache Unterscheidungen nötig sind und viele Schwierigkeiten verborgen liegen.

1. Die Hauptunterscheidung der Ungültigkeit ist die in **Unwirksamkeit einerseits, Anfechtbarkeit, Widerruflichkeit andererseits.**

Unwirksamkeit ist die von sich aus bestehende Unbeachtlichkeit eines Verwaltungsaktes. Die Straßenbaubehörde z. B. erteilt die Genehmigung zum Bau eines Wohnhauses; die Genehmigung ist ohne weiteres unwirksam. Weitere Beispiele werden uns später begegnen. Innerhalb der Unwirksamkeit kann man wieder Stärkegrade unterscheiden. So ist die empfangsbedürftige Anordnung, die versehentlich unausgefertigt bei den Akten geblieben ist, noch nicht wirksam geworden. Die Anordnungen des Hauptmanns von Köpenick waren noch weniger, da sie nicht einmal den Keim der Wirksamkeit in sich trugen, sie waren nichtig. Dagegen ist der soeben als Beispiel genannte Verwaltungsakt einer gänzlich unzuständigen Behörde unwirksam im engeren Sinne, da er doch, einmal erlassen, wenigstens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich hat. Endlich gibt es noch unvollziehbare Akte, z. B. die Ausweisung eines früheren Deutschen, den kein Deutschland benachbarter Staat über die Grenze läßt. Die Unterscheidung der Unwirksamkeit nach solchen Stärkegraden ist an sich fruchtbar[2]; um aber die an sich schon nicht unerheblichen Schwierigkeiten nicht noch mehr zu steigern, sprechen wir in all diesen Fällen von Unwirksamkeit schlechthin.

Anfechtbarkeit bedeutet im Gegensatze zum privatrechtlichen Sprachgebrauch nicht einfach Unwirksamwerden eines Verwaltungsakts auf eine Anfechtungserklärung hin, sondern die Pflicht einer Behörde zur Aufhebung eines dem einzelnen ungünstigen Verwaltungsaktes auf dessen Antrag. In einem weiteren Sinne nennt man schon die Möglichkeit, eine Behörde zur Prüfung eines Verwaltungsakts zu zwingen in der Erwartung, sie werde ihn aufheben, Anfechtbarkeit des Aktes.

Widerruflichkeit endlich ist die Möglichkeit der Zurücknahme eines Aktes, vor allem eines begünstigenden Aktes gegen den Willen des Begünstigten.

Der Unwirksamkeit, der Anfechtbarkeit und der Widerruflichkeit wird ihrer Wichtigkeit wegen ein besonderer Abschnitt gewidmet werden. Hier ist nur ihr Verhältnis zueinander zu betrachten. Da läßt sich zunächst als Erfahrungssatz aussprechen, daß Unwirksamkeit die typische Fehlerfolge bei der Verord-

[1] Vgl. einen ähnlichen Fall bei PrOVG. 22. Sept. 21, Entsch. 77, 167ff. — Über andere Fragen der zeitlichen Nebenbestimmungen PrOVG. 16. Mai 29, Entsch. 84, 288ff. (Entziehung „auf die Dauer", „auf bestimmte Zeit"); RG. III 21. Nov. 24, JW. 1925 S. 621f. (Rückdatierung).

[2] Vgl. z. B. PrOVG. 29. Nov. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 753.

nung und der statutarischen Vorschrift ist, während Gesetzwidrigkeiten beim Erlasse von Verwaltungsakten meist nur deren Anfechtbarkeit oder Widerruflichkeit zur Folge haben. Der Grund hierfür liegt in der Losgelöstheit der Verordnung und der statutarischen Vorschrift von der Wirklichkeit. Der gesetzwidrigen Verordnung und statutarischen Vorschrift steht die Mangelhaftigkeit auf der Stirn geschrieben, den gesetzwidrigen Verwaltungsakt deckt vielfach ein möglicher Tatbestand[1]. So wäre eine Verordnung, die alle Versammlungen verbietet, unwirksam wegen offenbaren Widerspruchs mit RV. Art. 123, eine Verfügung dagegen, die eine ganz bestimmte Versammlung verbietet, ist nicht unwirksam, da möglicherweise unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegt, in welchem Falle die RV. das Verbot gestattet. Eben deshalb ist auch eine Verfügung unwirksam, wenn kein, wie immer gearteter, Tatbestand imstande ist, sie zu decken. Gestattet z. B. eine Behörde jemand die Eingehung einer zweiten Ehe trotz Bestehens der ersten, ein Fall, der in Österreich bei den sogenannten Dispensehen berühmt geworden ist[2], so erläßt sie einen bei Völkern christlicher Gesittung unter allen Umständen unzulässigen Verwaltungsakt, der daher ebenso unwirksam ist wie im ersten Beispiele die Verordnung. Unwirksamkeit einerseits, Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit andererseits sind also nicht restlos zwischen Verordnung und Verfügung verteilt. Das typische Verhältnis wird außer durch die unwirksame Verfügung auch noch durch die anfechtbare Verordnung gestört, die allerdings in Deutschland heute noch zu den großen Seltenheiten zählt[3].

Unwirksamkeit einerseits, Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit andererseits schließen sich aber auch nicht aus. Hier kann allerdings die Unterscheidung der Unwirksamkeit nach Stärkegraden von Bedeutung werden. Der „noch nicht wirksam gewordene“ Verwaltungsakt und der Verwaltungsakt des Nicht-Beamten, also der „nichtige“ Verwaltungsakt, unterliegen einer Anfechtung nicht. Aber der unwirksame Verwaltungsakt im engeren Sinne hat doch wenigstens die Vermutung der Gültigkeit für sich, und diese Gefahr rechtfertigt die Möglichkeit der Anfechtung und des Widerrufs. So ist der Ehedispens vom bestehenden Ehebande rechtlich unwirksam, aber, wie die Erfahrung in Österreich gelehrt hat, tatsächlich sehr wirksam, denn auf Grund solcher Dispense sind tausende von Zweitehen geschlossen worden. Folglich hat die Behörde allen Grund, den erteilten Dispens zu widerrufen, und der erste Ehegatte des heiratslustigen andern Teils allen Grund, den Dispens beim VGH. anzufechten[4]. In Frankreich besteht kein Zweifel darüber, daß gesetzwidrige Verordnungen trotz ihrer Anfechtbarkeit vom Richter auch als unwirksam behandelt werden können[5]. Auch das preußische OVG. hat den Einwand, eine wegen Faksimilierung der Unterschrift beanstandete Verfügung könne, wenn die Beanstandung zu Recht bestehe, nur unwirksam und daher nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage sein, unter Hinweis auf die Gefährlichkeit einer solchen, wenn auch formungültigen, Verfügung verworfen[6]. Ebenso ließ der württembergische VGH. die Rechtsbeschwerde gegen einen wegen Unzuständigkeit unwirksamen Berufungsentscheid zu[7].

[1] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung 1913 S. 209; hierzu PrOVG. 24. Apr. 28, Entsch. 82, 57.

[2] Vgl. z. B. Kössler in der ZVerglR. 42 (1926) S. 8ff. Näheres unten S. 275.

[3] Wie die anfechtbare statutarische Vorschrift: WürttVGH. 16. Juni 26, WüRV. 20 (1927) S. 11f.; HessVGH. 26. März 27, Entsch. 7, 109ff. Eine von den seltenen Ausnahmen enthält § 120[12] bad. Wasserges. v. 8. Apr. 13.

[4] ÖVGH. 19. März 21, Samml. (Adm. Teil) 45, 31ff.; 12. Mai 30, JBl. 59 (1930) S. 285f.

[5] P. Dareste Les voies de recours 1914 S. 179.

[6] PrOVG. 2. Dez. 96, Entsch. 31, 428ff. Dazu W. Jellinek Fehlerh. Staatsakt S. 118; Gesetz, Gesetzesanwendung S. 208; Kormann System S. 207, 261f.; vgl. auch Triepel Reichsaufsicht 1917 S. 490ff.

[7] WürttVGH. 9. Dez. 25, WüRV. 19 (1926) S. 139ff. Vgl. noch BayVGH. 30. Dez. 29, BayGemZ. 40 (1930) S. 215; SächsOVG. 17. Aug. 27, Jahrb. 31, 167ff.; OldOVG. 13. Febr. 28, OldZ. 55 (1928) S. 61.

2. Anfechtbarkeit und wegen Fehlerhaftigkeiten zugelassene Widerruflichkeit sind Formen bedingter Unwirksamkeit. Eine andere Form bedingter Unwirksamkeit ist die **Heilbarkeit**[1].

Im Gegensatze zu Verordnungen und ortsstatutarischen Vorschriften, die, einmal unwirksam erlassen, es auch ohne Heilungsmöglichkeit bleiben[2], ausgenommen den Fall, daß ein Gesetz den unwirksam erlassenen Rechtssätzen nachträgliche Gültigkeit verleiht[3], kommt bei den Verwaltungsakten Heilung vor, jedenfalls bei den anfechtbaren und wegen Gesetzwidrigkeit widerruflichen. Der häufigste Fall einer solchen Heilung ist das Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist oder der, allerdings nur sehr selten vorgesehenen, Widerrufsfrist. Erhält jemand einen gesetzwidrigen Steuerbescheid und legt er ihn im Vertrauen auf sein gutes Recht beiseite, so ist die Gesetzwidrigkeit nach Monatsfrist geheilt, da die Einspruchsfrist dann verstrichen ist. Nicht minder bedeutsam ist die Heilung durch nachträgliches Vorbringen. Die Polizei ordnet z. B. die Beseitigung eines Düngerhaufens an, da die Jauche durch den Boden sickere und so das Grundwasser verunreinige. Die Beweisaufnahme ergibt, daß der Boden unter dem Düngerhaufen und in dessen Umgebung undurchlässig ist, also müßte der Anfechtung stattgegeben werden. Die Polizei kann aber vor dem Verwaltungsgericht ihren Standpunkt retten, wenn sie wahrheitsgemäß auf die unerträgliche Fliegenplage hinweist, die jener Düngerhaufen mit sich bringt. Durch dies nachträgliche Vorbringen zwingt sie das Verwaltungsgericht zur Abweisung der Klage. Oder die Polizei verbietet das Abholzen einer Baumreihe auf einer Straße mit der Begründung, die Baumreihe wirke besonders angenehm auf das Auge. Wenn der Polizei nicht besondere Gesetze über den Schutz von Baumbeständen zu Hilfe kommen, ist die Begründung unhaltbar. Aber sie kann nachträglich geltend machen, daß die Baumreihe auch den Fußgängersteig vom Fahrdamm trenne und daher aus verkehrspolizeilichen Gründen stehen bleiben müsse, und dringt damit durch[4]. Nur wenn der Tatbestand abgeschlossen in der Vergangenheit liegt, wenn also die Polizei nicht in der Lage wäre, die Verfügung mit verbesserter Begründung zu wiederholen, wenn das nachträgliche Vorbringen keine Einrede, sondern eine Ausrede wäre, nützt ihr die Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes nicht. Sie verbietet z. B. eine Versammlung, weil Ausschreitungen zu befürchten seien. Die Verfügung wird angefochten, die Begründung als unhaltbar dargetan. Jetzt, vielleicht ein Jahr nach der geplanten Versammlung, kann die Polizei vor dem Verwaltungsgericht nicht mit der Behauptung kommen, die Treppe zum Versammlungsraum sei zu eng gewesen; dieser „Treppenwitz" rettet die Verfügung nicht vor der Aufhebung. Das mindeste aber, was verlangt werden muß, ist die Geltendmachung der heilenden Begründung. Aus der Fassung des Landesverwaltungsgesetzes, eine polizeiliche Verfügung sei aufzuheben, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden gewesen seien, „welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden" (§ $127^{\text{III}\,2}$), hat man schon gefolgert, es gelte auf dem Gebiete der Polizeiverfügungen der Grundsatz der Konversion in dem Sinne, daß der Verwaltungsrichter verpflichtet sei, die Verfügung aufrechtzuerhalten, wenn sie sich aus irgendeinem, auch einem von der Polizei nicht geltendgemachten, Grunde aufrechterhalten lasse[5]. Die Auffassung ist nicht haltbar, da die Geltendmachung eines Grundes eine Ermessenssache ist und der Verwaltungsrichter kein Ermessen walten lassen darf, das der Polizeibehörde fern lag. Auf einem Wege z. B. liegt ein großer Stein, die Polizeibehörde verlangt Beseitigung, da der Weg ein öffentlicher

[1] Über das Gegenstück: nachträgliche Ungültigkeit vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 210, ferner HambOVG. 12. Juni 29, HansRGZ. A 1929 Sp. 619ff.

[2] PrOVG. 27. Sept. 23, Entsch. 78, 417ff.

[3] Vgl. z. B. pr. G. v. 4. Aug. 22 § 3.

[4] PrOVG. 11. Sept. 86, PrVerwBl. 8 (1886/87) S. 23f. Weitere Beispiele in Gesetz, Gesetzesanwendung S. 212ff.

[5] Friedrichs im PrVerwBl. 45 (1924) S. 456.

Weg sei, das OVG. teilt diese Ansicht nicht. Nun kann die Polizei auch die Beseitigung von Steinen auf Privatwegen verlangen, wenn diese Wege tatsächlich dem allgemeinen Verkehre dienen. Das OVG. erkennt selbst diese Möglichkeit an, hebt aber die Verfügung auf, da sie als wegepolizeiliche und nicht als „sicherheitspolizeiliche" — zum Schutze von Leben und Gesundheit — erlassen sei[1].

Solche Beispiele legen die Frage nahe, ob es eine Konversion bei unwirksamen Verwaltungsakten gibt[2], ob also eine behördliche Willensäußerung, die unter dem von der Behörde selbst angenommenen Gesichtspunkte unwirksam ist, unter einem andern Gesichtspunkte aufrechterhalten werden kann nach der vom BGB. § 140 so gefaßten Regel: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde." Da das öffentliche Recht nach Möglichkeit unwirksame Verwaltungsakte vermeidet, liegt es ganz im Zuge dieser Richtung, daß die Rechtsprechung die Konversion auch im öffentlichen Recht anerkennt. Namentlich im Beamtenrecht kommt der Fall vor. Zu dessen ungeschriebenen Grundregeln gehört es, daß kein Privatangestellter obrigkeitliche Befugnisse ausüben kann. Nun ereignet es sich häufig, daß eine Gemeinde jemand auf Privatdienstvertrag anstellt, aber mit obrigkeitlichen Befugnissen ausstattet, z. B. einen Hafenmeister mit hafenpolizeilichen Befugnissen. Vor die Wahl zwischen Nichtigkeit und Konversion gestellt, entscheidet sich die Rechtsprechung für die letzte. Sowohl das Reichsgericht als auch in gewissen Fällen das preußische OVG. deuten den Privatdienstvertrag in eine Anstellung des Dienstverpflichteten als Beamten um[3].

3. Weitere Schwierigkeiten bietet die **Teilunwirksamkeit** eines Verwaltungsakts[4]. Ein Verwaltungsakt kann in mannigfacher Beziehung hinter der Vollgültigkeit zurückbleiben, namentlich in Beziehung auf Behörden, in Beziehung auf Rechtsfolgen und dem Inhalte nach.

In Beziehung auf Behörden leidet ein Verwaltungsakt an Teilunwirksamkeit, wenn er für die einen Behörden gültig ist, für andere unwirksam. Bei Verordnungen, namentlich Verwaltungsverordnungen, findet man derartiges häufig; die mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestatteten Behörden können solche Verordnungen, wenn sie gesetzwidrig sind, als nicht vorhanden betrachten, die übrigen Behörden haben sich an die Verordnungen zu halten. „Der Steuerausschuß ist an die Durchführungsbestimmungen und an die Ausführungsbestimmungen gebunden" (AO. § 30e$^{\text{III}}$). Für die unabhängigen Finanzgerichte und den Reichsfinanzhof gilt die Vorschrift nicht. Bei Verwaltungsakten kommen derartige Teilunwirksamkeiten in Beziehung auf Behörden seltener vor. Der wichtigste Fall ist der Eingriff einer Verwaltungsbehörde oder eines Verwaltungsgerichts in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Ein Verwaltungsgericht verurteilt z. B. einen Privatmann zur Zahlung von Wegebaukosten an einen andern Privatmann, ohne zu bemerken, daß es damit in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte eingreift. Da ein Zahlungsurteil an sich nicht außerhalb der Befugnisse des Verwaltungsgerichts liegt, ist das Urteil wirksam, bindet namentlich die Verwaltungsbehörden und -gerichte, vor

[1] PrOVG. 9. Nov. 16, Entsch. 72, 307ff. Besonders klar PrOVG. 30. Jan. 03, Entsch. 42, 391.

[2] Vgl. W. PAPPENHEIM Konversion fehlerh. Staatsakte, FischersZ. 60 (1927) S. 1ff.

[3] RG. III. ZivSen. 14. Juni 29, JW. 1929 S. 3381f.; RG. III 11. Okt. 29, RGZ. 125, 420ff.; PrOVG. 6. Jan. 13, Entsch. 62, 501ff., wohl auch 29. Okt. 18, Entsch. 74, 272. Ebenso FRIEDRICHS u. GÜNTHER, ZBeamtR. 1 (1929) S. 267ff., 2 (1930) S. 218ff. Dagegen u. a. PrOVG. 19. Sept. 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 176f.; KÖTTGEN ArchÖffR. 57 (1930) S. 225ff.; v. BASSE ZSelbstv. 13 (1930) S. 196ff., 265ff., 14 (1931) S. 132ff.; DERSELBE Grundfragen des Beamtenrechts 1931 S. 35ff. Gegen KÖTTGEN meine Bemerkungen im HdbDStR. II S. 22. Ein gegen jene Rechtsprechung gerichtetes Reichsgesetz soll in Vorbereitung sein: Rdsch. f. Kommunalbeamte 37 (1931) S. 35ff.; vgl. aber auch BERLOWITZ „Der Beamte" 3 (1931) S. 133.

[4] Zum folgenden Gesetz, Gesetzesanwendung S. 215ff.

allem kann es vollstreckt werden. Aber es bindet nicht das ordentliche Gericht, wenn dieses zur nochmaligen Entscheidung des Streites angerufen wird (vgl. S. 55). Denn „die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs" (GVG. § 17).

Teilweise unwirksam für gewisse Rechtsfolgen ist ein Verwaltungsakt z. B., wenn er zwar an sich wirksam ist, etwa eine gültige Grundlage für die Einleitung der Zwangsvollstreckung bildet, aber wegen Fehlens der Rechtsmittelbelehrung die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf setzt[1]. Die AO. behandelt diesen Fall ausdrücklich (§ 231$^{III}$)[2]. Wie früher gezeigt (S. 251), ist die Entlassung eines Beamten auf Antrag ein zweiseitiger Verwaltungsakt und daher unwirksam, wenn der Antrag des Beamten fehlt. Aber in der Entlassung steckt auch die vielfach zulässige einseitige Entziehung des Amtes, so daß man sagen muß: die Entziehung des Amtes ist gültig, ungültig aber die Lösung des Dienstverhältnisses[3].

Bei der Teilunwirksamkeit dem Inhalte nach ist die Hauptfrage die, ob der unwirksame Teil nur selbst unwirksam ist oder den ganzen Verwaltungsakt unwirksam macht. Die Frage wird bei Verordnungen und statutarischen Steuerordnungen von den Gerichten ebenso häufig erörtert wie bei Verwaltungsakten. Die bekannte Regel des BGB. § 139: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde", findet hier begreiflicherweise keine unmittelbare Anwendung, führt aber zu einer fruchtbaren Überlegung. Die Gültigerklärung des Verwaltungsaktes trotz Nichtigkeit eines seiner Teile darf dem Willen der verfügenden Behörde keinen Zwang antun. Dies wird aber stets dann der Fall sein, wenn der nichtige Teil den Verwaltungsakt einengt, die Behörde also bei Wegdenkung des nichtigen Teils mehr gewollt haben würde, als sie wirklich gewollt hat. So dürfen die wichtigeren gewerblichen Genehmigungen nicht auf Zeit erteilt werden (GewO. § 40$^{I}$). Geschieht es dennoch, so hat die Behörde offenbar weniger gewollt als eine zeitlich unbeschränkte Genehmigung, und vor die Wahl zwischen Wegfall der zeitlichen Beschränkung und Unwirksamkeit der ganzen Genehmigung gestellt, würde sie sich vermutlich für die Unwirksamkeit entscheiden, da sie durch den Zusatz ja deutlich zu erkennen gegeben hat, daß sie eine unbeschränkte Genehmigung nicht will. So hieß es einmal in einer Genehmigungsurkunde: „Wir haben beschlossen, Ihnen in den Räumen des Grundstücks H.straße Nr. 42 hier die Erlaubnis zum Betriebe der Gast- und Schankwirtschaft zu erteilen, solange Sie eine Herberge zur Heimat betreiben." Später klagte die Polizeiverwaltung auf Zurücknahme der Erlaubnis, die in Preußen vorgeschriebene Form der Geltendmachung der im § 53 GewO. vorgesehenen Zurücknahmebefugnis. Das preußische OVG. wies die Klage als gegenstandslos ab, da es an einer rechtsgültigen Genehmigung überhaupt fehle[4]. „Bezieht sich eine solche unzulässige Beschränkung nicht nur auf einen Nebenpunkt, sondern auf die Konzession an sich derart, daß die Erlaubnis nur unter dieser als wesentlich erachteten Beschränkung erteilt werden sollte und ohne sie überhaupt nicht erteilt sein würde, so ist es nicht zulässig, die Beschränkung als nicht beigefügt und die Konzession als unbeschränkt erteilt anzusehen. In diesem Falle muß die unzulässige Beschränkung die Ungültigkeit der erteilten Erlaubnis zur Folge haben .... Dagegen ist die Polizeibehörde selbstverständlich befugt, die Einstellung des vom Beklagten ausgeübten nichtkonzessionierten Gewerbebetriebs zu erzwingen". Das sächsische OVG. und das württembergische Ministerium des Innern stehen auf dem gleichen Standpunkt[5], der bayerische VGH. nur insofern nicht, als er den Fehler

---

[1] Vgl. PrOVG. 10. Jan. 07, Entsch. 50, 290ff.; RG. V 16. Febr. 21, JW. 1921 S. 574f.; Dyroff, BayGemZ. 31 (1921) Sp. 97ff., 121ff. [2] Ebenso PolG. 1931 § 48.

[3] Vgl. jetzt den umgekehrten Fall nach bad. BeamtG., Bek. v. 31. März 31, § 7$^{II}$.

[4] PrOVG. 16. Okt. 11, Entsch. 61, 345f.

[5] SächsOVG. 17. März 11, Jahrb. 17, 36ff.; Württ. Min. d. I. 8. März 02, Reger 24, 44f.

nicht für so stark hält, daß er die stärkste Fehlerfolge, Unwirksamkeit der Genehmigung, nach sich ziehen müßte; auch er bekämpft im übrigen die Ansicht, wonach die unzulässige Nebenbestimmung als nicht geschrieben zu gelten habe[1]. Anders, wenn der nichtige Teil den Verwaltungsakt nicht einengt, sondern erweitert. Da in dem Mehr auch das Weniger enthalten ist, schadet der überschießende nichtige Teil dem übrigbleibenden gültigen nicht. Die Polizeibehörde verbindet z. B. ein gültiges Verbot mit einem ungültigen, sie untersagt jemand gültigerweise den selbständigen Handel und ungültigerweise die Betätigung als Arbeitnehmer im Handelsgewerbe. Hier läßt sich der ungültige Teil vom gültigen trennen, ohne daß man dem Willen der Behörde Gewalt antut, folglich bleibt der gültige Teil gültig[2]. Wenn trotzdem das Kammergericht bisweilen zu weit gehende Polizeiverordnungen im ganzen für ungültig erklärt, z. B. eine Verordnung, die das Betreten hölzerner Schuppen mit Zigarren verbietet, während nur das Betreten mit brennenden Zigarren hätte verboten werden können[3], so läßt sich solch eine strenge Ansicht allenfalls dadurch rechtfertigen, daß im Polizeirecht ungenügende Bestimmtheit eine Verordnung ungültig macht und eine inhaltlich teils gültige, teils ungültige Verordnung an diesem Fehler der Unbestimmtheit leidet.

4. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt die **wahlweise eintretende Unwirksamkeit,** die damit zusammenhängt, daß niemand zwei sich gegenseitig ausschließende Befehle gleichzeitig erfüllen kann. Vielfach wird es klar sein, welchem von zwei Befehlen der Vorrang gebührt. Wird ein Beamter während seiner Dienststunden vor Gericht als Zeuge geladen, so überwiegt die Gerichtspflicht, schon weil sie eine Sonderpflicht gegenüber der allgemeinen Dienstpflicht darstellt[4]. Ebenso wiegt die Pflicht des Professors, sich an der Prüfung für Referendare zu beteiligen, schwerer als seine Pflicht zur Abhaltung von Vorlesungen. Beim Militär gilt der Grundsatz, daß der spätere Befehl zu befolgen ist, selbst wenn er von einem Vorgesetzten niedrigeren Dienstgrades ausgeht als der frühere, nur daß der später Befehlende auf den früheren Befehl aufmerksam zu machen ist. Aber es gibt auch unlösbare Fälle dieser Art: zwei Zeugenladungen auf den gleichen Tag und die gleiche Stunde, Heranziehung zu zwei gleichzeitigen Prüfungen, Vorladung eines Lehrers vor die Polizeibehörde oder das Finanzamt auf einen Vormittag, an dem er dem Schulaufsichtsbeamten eine Klasse vorführen soll. Hier entscheidet die Wichtigkeit und die schwierigere Verlegbarkeit der befohlenen Handlung, und es ist Sache der beiden befehlenden Stellen, sich über die Verlegung zu einigen. Kommt aber eine Einigung nicht zustande, so muß notwendig einer von beiden Befehlen unwirksam sein, und die Wahl, welcher es sein soll, steht dem Empfänger des Befehles zu.

5. Endlich ist noch der **außergewöhnlichen Gültigkeit** zu gedenken, die allerdings mehr bei Verordnungen als bei Verfügungen vorkommt. Gewisse wichtige Anordnungen sind an strenge Verfahrensvorschriften gebunden, Zustimmung des Bezirksausschusses z. B., Abstimmung im Kollegium u. dgl., von deren Innehaltung das Gesetz befreit, wenn ein dringlicher Fall vorliegt. So sind nach § 139 LVG. der Oberpräsident und der Regierungspräsident in Fällen, die keinen Aufschub zulassen, befugt, Polizeivorschriften vor Einholung der Zustimmung des Provinzialrats oder des Bezirksausschusses zu erlassen. Nach der Rechtsprechung des preußischen OVG. ist vor Erlaß einer Polizeiverfügung der Beteiligte zu hören, doch nicht bei Dringlichkeit des Falles[5]. Die allein wichtige Frage hierbei ist,

---

[1] BayVGH. 10. Nov. 22 u. 1. Mai 25, Samml. 44, 8ff. u. 46, 8ff.

[2] RG. II 2. Nov. 25, RGSt. 59, 391ff.; vgl. auch PrOVG. 6. Dez. 17 u. 17. Jan. 30, Entsch. 73, 396ff. u. 85, 214ff.

[3] KG. 2. Juni 10, v. Kamptz-Delius Rspr. d. RG. u. KG. ErgBd. 1911 S. 217f.; vgl. auch KG. 7. Juni 29, KGJ. 9, 381ff.

[4] Umso mehr ist der Beamte in seiner dienstfreien Zeit feuerlöschpflichtig: PrOVG. 4. März 30, Entsch. 85, 193ff., im Gegensatze zu KG. 7. März 30, KGJ. Erg. 10, 421ff.

[5] PrOVG. 11. Okt. 06 u. 27. Mai 07, Entsch. 49, 299ff. u. 51, 284ff.

ob das Gegebensein der Dringlichkeit von den Gerichten nachgeprüft werden darf oder nicht. Sie ist zu bejahen. Zum mindesten muß sich die Behörde bei Vornahme des Aktes der Dringlichkeit bewußt gewesen sein. Darüber hinaus aber hat der Richter auch nachzuprüfen, ob die Behörde einen Dringlichkeitsfall als gegeben zwar nicht ansehen mußte, aber durfte, ob sich also die Behörde innerhalb der äußersten Grenzen zulässigen Ermessens gehalten hat. Sonderbestimmungen, die selbst diese Nachprüfung ausschließen, sind möglich; § $2249^{II}$ BGB., wonach der Gültigkeit des Dorftestaments nicht entgegensteht, daß die Besorgnis vorzeitigen Sterbens unbegründet war, ist ein Beispiel hierfür. Als allgemeine Regel aber gilt die Unüberprüfbarkeit nicht. Nach Art. 44 des bayerischen Polizeistrafgesetzbuchs werden Anordnungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit bei öffentlichen Festlichkeiten durch ober- oder bezirkspolizeiliche Vorschrift, in dringenden Fällen durch Verfügung der Bezirks- oder Ortspolizeibehörde erlassen. Die Ortspolizeibehörde beruft sich auf die Dringlichkeitsklausel und trifft am 26. Mai eine Anordnung für die am 1. Juli, also fünf Wochen darauf beginnende Festlichkeit. Hier hatte die Behörde etwas als dringlich angesehen, was mit dem besten Willen nicht als dringlich angesehen werden konnte. Der Strafrichter sprach daher mit Recht von der wegen Übertretung der Anordnung erhobenen Anklage frei[1].

## IV. Fortsetzung. Unwirksamkeit, Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit von Verwaltungsakten.

**1. Der unwirksame Verwaltungsakt.** Nach diesen vorbereitenden Erörterungen sei endlich der Frage nähergetreten, welche Fehler einen Verwaltungsakt unwirksam machen. Daß nicht jedem Fehler diese Eigenschaft innewohnen kann, ist klar, da der Gesetzgeber offenbar damit rechnet, für gewöhnlich mit der Anfechtbarkeit oder Aufhebbarkeit eines Verwaltungsaktes auszukommen. Nicht minder sicher ist aber, daß bei Fehlern ganz grober Art die Rechtsfolge Unwirksamkeit sein muß, man denke etwa an die Erteilung eines Patents durch ein Finanzamt oder die mündliche Verleihung der Staatsangehörigkeit. Trotzdem ist es zur Abhebung des Verwaltungsakts vom privatrechtlichen Rechtsgeschäft zweckmäßig, am Eingang der Untersuchung zu unterstreichen, daß *ein Verwaltungsakt, er mag noch so fehlerhaft sein, im Zweifel nicht unwirksam ist.* Dies gilt nicht nur für die Verletzung sogenannter „Soll“-Vorschriften, d. h. solcher Vorschriften, deren Übertretung nach dem ausgesprochenen Willen des Gesetzes keine Fehlerfolgen haben soll[2], sondern auch solcher, die als unbedingt bindend gemeint sind und deren Übertretung entweder Anfechtungsgrund ist oder doch Anfechtungsgrund sein könnte, wenn eine allumfassende Verwaltungsgerichtsbarkeit bestände. So ist die Einreihung eines Grabens in das Verzeichnis der Wasserläufe zweiter Ordnung[3], die Verleihung von Korporationsrechten[4], der Ausschluß eines Gemeindeangehörigen von der Ausübung des Gemeindebürgerrechts[5] für den in anderer Sache entscheidenden Verwaltungsrichter selbst dann bindend, wenn diese Akte auf Gesetzwidrigkeiten beruhen sollten. Selbst die Ungültigkeit der dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden Rechtsnorm hat dessen Unwirksamkeit nicht zur Folge[6]. Die mehrfach erwähnte (S. 48, 248f.) braunschweigische Auffassung, daß

[1] OLG. München 21. Mai 95, OLGMünchenSt. 8, 335ff. Vgl. auch HambOVG. 3. Okt. 28 HansRGZ. A 1928 Sp. 738f.

[2] Vgl. hierüber PrOVG. 12. Juni 23 u. 21. Jan. 25, Entsch. 78, 148ff. u. 79, 41ff.

[3] PrOVG. 23. Jan. 17, Entsch. 72, 336ff. [4] PrOVG. 18. März 19, Entsch. 75, 278ff.

[5] LVG. Schwerin 8. Juni 23, MecklZ. 41 (1925) S. 456ff.

[6] RG. III 4. Nov. 30, RGZ. 130, 319ff. Verfehlt HansOLG. 16. Mai 30, HansRGZ. A 1931 Sp. 170f.; die Quittung hierauf lüb. G. v. 25. März 31, das die Zuständigkeit des HansOLG. auf den RFinH. überträgt, hierzu VO. d. RFinMin. v. 13. April 31.

Gesetzwidrigkeit gleich Inkompetenz sei, Inkompetenz aber den Akt nichtig mache, gilt in dieser Allgemeinheit im übrigen Deutschland nicht. Nur bei Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit gehen die Gerichte weiter, da diese sonst auf dem Papiere stände. So prüft das Reichsgericht die Zulässigkeit der Ernennung eines Hilfsrichters oder der Versetzung eines Landgerichtsrats nach, ohne sich durch den Akt der Justizverwaltung für gebunden zu halten[1], während es gesetzwidrigen Gerichtsbeschlüssen weitgehend Unüberprüfbarkeit zubilligt[2].

Als Unwirksamkeitsgründe für einen ernstlich gemeinten Verwaltungsakt sind aber an sich vier denkbar. Der Verwaltungsakt bedarf meist eines gewissen Mindestmaßes an Form, um wirksam zu werden. Nicht alles, was äußerlich wie ein gültiger Verwaltungsakt aussieht, ist es auch wirklich; er könnte, um nur den gröbsten Fehler zu nennen, von einem Nichtbeamten erlassen sein. Nennt man die Vorschriften über die Mitwirkung der zur Mitwirkung Berufenen Verfahrensvorschriften, so gibt es demgemäß neben den Formfehlern noch die Verfahrensmängel. Nun erst ist der Verwaltungsakt auf seinen Inhalt zu prüfen mit der Maßgabe, daß er möglicherweise unwirksam ist wegen Machtüberschreitung. Sehr unwahrscheinlich ist, daß der noch mögliche vierte Fehler, die Sachwidrigkeit, zur Unwirksamkeit des Aktes führt, d. h. die Erlassung des Verwaltungsaktes trotz Nichtvorhandenseins der Tatsachen, deren Vorhandensein nach dem Willen des Gesetzes oder nach Ansicht der Behörde den Akt gerechtfertigt haben würde.

a) Unwirksamkeit wegen Formfehlers ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn das Gesetz für den Verwaltungsakt eine besondere Form ausdrücklich vorschreibt und die Form nicht gewahrt ist. „Die Aufnahme oder Einbürgerung wird wirksam mit der Aushändigung der von der höheren Verwaltungsbehörde hierüber ausgefertigten Urkunde“[3]. Es ist klar, daß ohne Aushändigung der Urkunde die etwa beschlossene Einbürgerung unwirksam bleibt. Ebenso legt das OLG. Jena das thüringische Staatsbeamtengesetz dahin aus, daß ohne Behändigung einer Anstellungsurkunde ein Beamtenverhältnis nicht entsteht[4]. Auch die Ernennung zum preußischen Notar ist ein empfangsbedürftiger, förmlicher Verwaltungsakt, vor dessen formgerechter Vollziehung Notariatsgebühren für den zu Ernennenden nicht entstehen können[5]. Trotz Bestehens der Doktorprüfung und trotz Erfüllung der sonstigen Promotionsleistungen darf sich niemand Doktor nennen, dem nicht das Doktordiplom ausgehändigt ist. Aber Zustellungs- und sonstige Bekanntgabefehler[6] sind nicht die einzigen das Wirksamwerden des Verwaltungsakts hindernden Formfehler. Ein Unwirksamkeitsgrund wäre z. B. auch die Fremdsprachigkeit. Auch Unverständlichkeit kann einen Verwaltungsakt nichtig machen, namentlich die durch Unvollständigkeit hervorgerufene. So wurde einmal ein Grundstückseigentümer zu einer Kanalisationsbenutzungsgebühr in bestimmter Höhe herangezogen, doch ohne daß gesagt war, für welche Zeit. Nach Ansicht des preußischen OVG.[7] läßt eine derartige Heranziehungsverfügung „eine wirksame, d. h. eine zur Entstehung einer konkreten Forderung führende Heranziehung gar nicht zustande kommen“. Der Herangezogene braucht daher — ein sicheres Zeichen für die Unwirksamkeit der Verfügung — keinen Ein-

---

[1] RG. I. StrSen. 1. Juni 26, JW. 1926 S. 2449f.; RG. III 30. März 26, RGZ. 113, 207ff.

[2] RG. IV 19. Okt. 20 u. 5. Jan. 22, RGSt. 55, 100f. u. 56, 351f.

[3] RStAngGes. v. 22. Juli 13 § 16^I.

[4] OLG. Jena 23. Dez. 25, SächsThürArchR. 3 (1926) S. 221ff.

[5] RG. III 8. Febr. 21, RGZ. 101, 296f. Vgl. auch APPELIUS im PrVerwBl. 47 (1926) S. 283ff.; OLG. Stuttgart 30. Apr. 24, WüRV. 17 (1924) S. 189ff.; RG. III. ZivSen. 20. Sept. 27, RVerwBl. 49 (1928) S. 634f.; BayObLG. I. StrSen. 24. Apr. 28, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 544f.; PrOVG. 14. Febr. 29, RVerwBl. 50 (1929) S. 301.

[6] Vgl. noch RG. V 16. Febr. 21, RGZ. 102, 1ff.; PrOVG. 2. März 15, Entsch. 69, 260ff.

[7] PrOVG. 19. März 12, Entsch. 62, 132ff.; vgl. auch PrOVG. 28. Mai 14, Entsch. 67, 151f.; RG. III 20. März 25, RGZ. 110, 322ff.

spruch zu erheben, kann es aber nach dem früher Gesagten tun, um den ihm ungünstigen Schein aus der Welt zu schaffen. Zu den wesentlichen Erfordernissen eines schriftlich zu erlassenden Verwaltungsaktes gehört ferner die Unterschrift, zum mindesten der Behörde, darüber hinaus, wenn nichts anderes bestimmt oder üblich ist, auch die mit dem Eigennamen eines Beamten, der dann wenigstens die Urschrift mit dem vollen Namen oder dem Anfangsbuchstaben oder ähnlich unterzeichnet haben muß[1]. Die Begründung dagegen, auch wo sie vorgesehen ist, ist kein unumgängliches Erfordernis für die Gültigkeit des Verwaltungsakts[2], die Rechtsmittelbelehrung, wo sie wesentlich ist, nur insofern, als eine ohne sie erlassene Verfügung den Lauf der Rechtsmittelfrist nicht in Bewegung setzt (z. B. § $231^{III}$ AO.). Außerachtlassung der für die Erlassung des Verwaltungsaktes vorgeschriebenen Begleitumstände, wie Öffentlichkeit der Verhandlung[3], hat im Zweifel keine Nichtigkeitsfolge, zumal auch im Zivilprozeßrecht zwar das überhaupt nicht verkündete Urteil als nicht vorhanden gilt, nicht aber das unter Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit der Verhandlung verkündete (§ $551^{6}$ ZPO.).

Unwirksamkeit eines Verwaltungsaktes wegen Formfehlers setzt immer Formvorschriften voraus, und es erhebt sich die Frage, ob es nicht auch formlose, insbesondere stillschweigende Verwaltungsakte gibt. Die Rechtsprechung bejaht namentlich dort, wo der Verwaltungsakt keinen Eingriff enthält und zu einer anderweit vorbereiteten Rechtslage bloß hinzutritt. So gehört zur gültigen Widmung eines Weges außer der Widmung die Zustimmung der Wegepolizeibehörde, ebenso zur Einziehung eines öffentlichen Weges. Hier haben die Gerichte mehrfach entschieden, daß stillschweigende Zustimmung genügt[4]. Ebenso ist die stillschweigende Genehmigung einer Vereinbarung über die Unterhaltung eines Wasserlaufs oder die Zerstückelung einer Gemeindenutzung oder die Aufstapelung von Holz auf einem öffentlichen Wege möglich[5]. Der Grund liegt hier in der Verwandtschaft zwischen stillschweigender Genehmigung und Nichterhebung eines Einspruchs; die Einziehung eines öffentlichen Weges könnte ohne wesentliche sachliche Änderung auch so geregelt sein, daß sie gültig wird, wenn die Wegepolizeibehörde nicht innerhalb einer bestimmten Frist Einspruch erhebt. In anderen Fällen lassen die Gerichte stillschweigende Verwaltungsakte zu, wenn ohne die Annahme solcher Akte die Rechtsstellung des Bürgers unbillig schlecht gestaltet würde. So gibt es in Preußen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nur gegen polizeiliche Verfügungen vom Amtsvorsteher an aufwärts; soll daher das Vorgehen eines Gemeindevorstehers vor die Verwaltungsgerichte gebracht werden können, so ist dies u. U. nur zulässig, wenn man aus dem Verhalten des vorgesetzten Amtsvorstehers auf eine stillschweigende Genehmigung des Vorgehens des Gemeindevorstehers schließen kann, da dann erst eine anfechtbare polizeiliche Verfügung des Amtsvorstehers vorliegt[6]. Ebenso kann der Rat einer Stadt die von einem Polizeikommissar einem Wächter unzuständigerweise versprochene Besoldungserhöhung stillschweigend zu der seinigen machen und ihr dadurch Gültigkeit ver-

---

[1] PrOVG. 31. Jan. 29, Entsch. 84, 299ff.; KG. 31. März 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 565f.; KG. 23. Jan. 25, PrVerwBl. 48 (1927) S. 117; PrKompGH. 15. Dez. 28, ZZivProz. 55 (1930) S. 295ff.; BadVGH. 12. Febr. 24, BadVerwZ. 1924 S. 67f.; OLG. Karlsruhe 10. Jan. 29, Bad. Rechtspr. 1929 S. 46.

[2] Morstein Marx HansRGZ. A 1929 Sp. 193ff., mit gewissen Einschränkungen auch HambOVG. 12. Juni 29, ebenda 1930 Sp. 162f.

[3] Vgl. RG. III 24. Febr. 20, RGZ. 98, 190ff.; PrOVG. 5. Juni 30, GewArch. 28 (1931) S. 183ff.

[4] RG. VII 19. Jan. 12, Gruch. 57 (1913) S. 186ff.; PrOVG. 7. Okt. 20, Entsch. 76, 364ff.

[5] PrOVG. 26. Juni 24, Entsch. 79, 225ff.; BayVGH. 21. Okt. 25, Samml. 46, 44ff.; PrOVG. 4. Jan. 23, Entsch. 78, 290ff. Vgl. auch ThürOVG. 14. Apr. 28, Jahrb. 13, 1ff.

[6] PrOVG. 19. Febr. 20, Entsch. 75, 339ff. Vgl. auch oben S. 258.

leihen[1]. Die Polizeibehörde gibt dem Hauseigentümer aus gesundheitspolizeilichen Gründen die Instandsetzung der Wohnung auf; darin liegt stillschweigend die selbstverständliche Maßgabe, daß der Behörde statt der Instandsetzung auch die Nichtbewohnung der Wohnung recht ist[2]. Dagegen würden stillschweigende Verwaltungsakte zuungunsten des Bürgers den Idealen des Rechtsstaates widersprechen und sind daher unwirksam. So gibt es keine stillschweigenden Genehmigungen ortsstatutarischer Vorschriften[3], keine stillschweigenden Entziehungen gewerbepolizeilicher Genehmigungen. Ganz allgemein, also auch bei begünstigenden Akten, ist die Form des Stillschweigens ausgeschlossen, wenn das Gesetz ein besonders geregeltes Verfahren vorschreibt, wie das Verfahren bei Genehmigung von Gast- und Schankwirtschaften[4]. Im übrigen bedeutet Ausschluß des Stillschweigens noch nicht strenge Förmlichkeit[5]. Namentlich genügt im Zweifel Mündlichkeit den Formvorschriften. So kann die Wohnungsbehörde, wenn die landesrechtlichen Vorschriften nichts anderes sagen, eine Wohnung, die Zollbehörde eine dem Einfuhrverbot unterliegende Sache mündlich beschlagnahmen[6]. Mündliche Ablehnungen eingereichter Gesuche sind an sich gültige Verfügungen und bilden eine hinreichende Grundlage für die Anfechtung im Verwaltungsstreitverfahren. Nur wegen der nahen Verwandtschaft des Dienststrafverfahrens mit dem ordentlichen Strafverfahren durfte daher das preußische OVG. die Wirksamkeit eines Verweises davon abhängig machen, daß er schriftlich oder zu Protokoll erteilt war[7].

b) Von den Verfahrensmängeln führen nur solche zur Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes, die in einer mangelnden oder mangelhaften Beteiligung der zur Mitwirkung am Verwaltungsakt selbst Berufenen bestehen. Weiter zurückliegende Fehler haben keine Nichtigkeitsfolge. Wo man trotzdem einmal in der Rechtsprechung einen wegen zurückliegenden Verfahrensmangels als unwirksam behandelten Verwaltungsakt findet, ist es sehr wahrscheinlich ein Fall aus Braunschweig, wo jede Gesetzwidrigkeit der Unzuständigkeit gleichgesetzt wird und jede Unzuständigkeit Nichtigkeit des erlassenen Aktes nach sich zieht[8].

$\alpha$) Daß beim zweiseitigen Verwaltungsakt die fehlende Mitwirkung des Bürgers den Akt unwirksam macht, wurde schon an anderer Stelle gezeigt[9].

$\beta$) Im übrigen ist zunächst der von einem Einzelbeamten zu erlassende Akt zu betrachten. Er ist sicher unwirksam, wenn er von einem Privatmann ausgeht, wie die Anordnungen des Hauptmanns von Köpenick. Ausnahmsweise genügt beim Standesbeamten, der eine Ehe schließt, daß er, „ohne Standesbeamter zu sein, das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübt, es sei denn, daß die Verlobten den Mangel der amtlichen Befugnis bei der Eheschließung kennen" (§ 1319 BGB.). Gedacht ist vor allem an den Stadtsekretär, den der Bürgermeister ungültigerweise mit seiner Vertretung betraut hat; denn dem Privatmann steht der in einer anderen als der ihm zukommenden Eigenschaft handelnde Beamte gleich. Die Vorschrift des § 1319 BGB. ist eine unbedingte Ausnahme, die teils mit gewissen berühmten Fällen, teils mit dem unbedeutenden Anteil des Standesbeamten

[1] OLG. Rostock 10. Dez. 24, MecklZ. 42 (1926) Sp. 305ff. Vgl. auch RFinH. 4. Nov. 30, Samml. 27, 256ff. u. JW. 1931 S. 632f. mit Anm. v. Bühler.

[2] PrOVG. 6. März 24, Entsch. 79, 371ff.

[3] OLG. Darmstadt 5. Aug. 25, DJZ. 1926 Sp. 91f.

[4] PrOVG. 27. Okt. 21, Entsch. 77, 410ff.; vgl. auch PrOVG. 14. Okt. 26, Entsch. 81, 417ff.; ThürOVG. 15. Mai 13, Jahrb. 1, 109ff.

[5] PrOVG. 28. Sept. 23, PrVerwBl. 44 (1923) S. 148; RG.V. ZivSen. 9. Apr. 24, JW. 1924 S. 1988ff.; RG. II. StrSen. 18. Sept. 24, JW. 1925 S. 60f.

[6] LVG. Schwerin 13. Nov. 25, MecklZ. 42 (1926) Sp. 291f.; BayObLG. 9. Aug. 20, JW. 1921 S. 115.

[7] PrOVG. 24. Okt. 24, Entsch. 79, 421ff.

[8] Vgl. oben S. 268f; Belege in meiner Besprechung ArchÖffR. N. F. 9 (1925) S. 369f.

[9] Oben S. 250ff. Über die Bedeutung der sog. „Unfähigkeit" des Bürgers zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes u. dgl. siehe oben S. 167f.

an der Eheschließung — passive Assistenz — zusammenhängt. Eine Strafverfügung z. B., die ein zur Vertretung des Polizeipräsidenten nicht ermächtigter Polizei-Obersekretär erläßt, ist unwirksam und bildet keine Grundlage für ein gerichtliches Verfahren[1]. Nur in revolutionären Zeiten tritt an die Stelle der ordnungsmäßig besetzten Behörde der Inhaber der tatsächlichen Gewalt. In zahlreichen Entscheidungen hat das Reichsgericht die Mitglieder der revolutionären Arbeiter- und Soldatenräte jedenfalls in dem Sinne als „Beamte" anerkannt, daß es Reich, Staat und Gemeinde für deren Amtshandlungen haften ließ[2]. Außerdem findet man vereinzelt die zum Zwecke des Vertrauensschutzes erlassene Vorschrift, daß Handlungen, die Beamte nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses vornehmen, gültig sein sollen, wenn sich die Beamten tatsächlich noch im Dienste befinden[3]. Sonst gilt kraft selbstverständlichen Rechts der Satz des ALR., daß Handlungen „unkräftig" sind, die jemand vornimmt, der sich eigenmächtig die Verwaltung eines Amtes angemaßt hat (§§ 76f. II 10). Trotzdem darf man nicht vorschnell meinen, die Akte eines Beamten, z. B. eines Bürgermeisters, müßten unwirksam sein, wenn er Wahl und Bestätigung erschlichen hat. Denn Wahl und Bestätigung sind trotz der Täuschung wirksame Akte und haben den Gewählten zum Bürgermeister gemacht[4].

Behält der Beamte seine amtlichen Befugnisse auch außerhalb seines Amtssprengels? Die Zweifelhaftigkeit der Frage spiegelt sich in einer badischen und einer preußischen Bestimmung. Nach § 45$^{III}$ des badischen Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 13. Oktober 1925 gelten „Urkunden, welche ein Notar den bestehenden Bestimmungen zuwider außerhalb seines Amtsbezirks aufnimmt, . . . nicht als öffentliche Urkunden". Nach Art. 39 des preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899 dagegen ist eine Beurkundung „nicht deshalb ungültig, weil der beurkundende Beamte sie außerhalb der Grenzen seines Bezirkes aufgenommen hat". Aus der Rechtsprechung ist ein Beschluß des Kammergerichts vom 5. April 1882 bekannt, wonach ein Standesbeamter außerhalb seines Bezirkes keine rechtswirksame Ehe schließen kann[5], und ein Urteil des preußischen OVG., das den sog. Konflikt zugunsten eines Bahnwärters, der eine Frau in angeblicher Betätigung seines Amtes am Arme gepackt hatte, mit der Begründung für unzulässig erklärte, daß sich der Bahnwärter außerhalb des Bahngebietes und daher nicht in Ausübung seines Amtes befunden habe[6]. Man kann beide Entscheidungen billigen, ohne darum die Betätigung außerhalb des Amtssprengels als allgemeinen Unwirksamkeitsgrund für Verwaltungsakte anzuerkennen. Die Bahnpolizei ist gesteigertes Hausrecht und endigt daher an der Grenze des Bahngebiets. Beim Falle der Eheschließung, der übrigens heute wegen § 1319 BGB. anders zu entscheiden wäre, mag der Gedanke mitgespielt haben, daß das Heiratsregister über alle im Bezirke vorgekommenen Eheschließungen Auskunft geben muß, und nur über diese, und daß der außerhalb seines Bezirkes tätig gewesene Standesbeamte die Eheschließung überhaupt nicht beurkunden kann, in seinem Heiratsregister nicht, weil es für außerhalb des Bezirkes geschlossene Ehen nicht bestimmt ist, im Heiratsregister des Ortes der Verehelichung nicht, weil nicht er, sondern ein anderer Standesbeamter es zu führen hat. Die ganze

[1] KG. 5. Febr. 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 564f.

[2] Vgl. z. B. RG. III 4. Apr., 19. Mai, 23. Mai 22, RGZ. 104, 257ff., 346ff., 362ff.; RG. III 15. Dez. 22, JW. 1925 S. 2434ff.

[3] Vgl. thür. GemKrO. v. 8. Juli 26/22. Juli 30 § 62$^{II}$ (Verlust der Wählbarkeit). Von selbst versteht sich diese Regelung nicht: OLG. Braunschw. 26. Jan. 29, BraunschwZ. 75 (1929) S. 25f. (pensionierter Richter).

[4] BAH. 10. Juni 14, Entsch. 48, 172 (berühmter Fall des falschen Bürgermeisters „Dr. Alexander"). Vgl. auch OLG. Oldenburg 21. Sept. 28, OldZ. 56 (1929) S. 196ff.

[5] KGJ. 4, 349f. Vgl. dazu ALR. § 72 I 12.

[6] PrOVG. 20. Sept. 12, Entsch. 63, 453ff. Ähnlich OLG. Darmstadt 15. Okt. 26, Hess.-StaatsGemZ. 50 (1927) S. 158.

Frage, die wohl zu scheiden ist von der Frage der örtlichen Unzuständigkeit, bedürfte einmal einer gründlichen Untersuchung[1].

Nicht unwirksam ist der von einem beurlaubten Beamten vorgenommene Verwaltungsakt, da der Urlaub nur vom Dienste befreit, aber die Vornahme von dienstlichen Handlungen nicht verbietet. So drang einmal ein beurlaubter Beamter unzulässigerweise in eine Wohnung zwecks Vornahme von Nachforschungen ein. Lag Mißbrauch der Amtsgewalt oder Amtsanmaßung vor? Das Reichsgericht entschied sich mit Recht für das erste[2].

Nicht unwirksam ist auch der Akt eines geisteskranken Beamten[3]. Wohl kann der von einem Geisteskranken vorgenommene Verwaltungsakt so unsinnig und unklar sein, daß er aus diesem Grunde an unheilbarer Unwirksamkeit leidet. Aber die Geisteskrankheit seines Urhebers allein macht ihn nicht unwirksam. So wie im monarchischen Staatsrecht erst die Einsetzung einer Regentschaft den geisteskranken Monarchen regierungsunfähig machte, so bietet in der Verwaltung das Zwangspensionierungsverfahren die einzige geeignete Grundlage für die Feststellung der Dienstunfähigkeit. Einen Fingerzeig bietet auch das GVG., wonach „unfähig" zum Amte eines Schöffen nur Personen sind, die eine gerichtliche Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt (§ 32³), während Personen, die „wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen zu dem Amte nicht geeignet sind", zum Amte eines Schöffen nur nicht berufen werden „sollen" (§ 33⁴).

Nicht unwirksam endlich ist ein Verwaltungsakt wegen zu naher persönlicher Beteiligung des ihn erlassenden Beamten. Nach § 7 FGG. sind gerichtliche Handlungen nicht aus dem Grunde unwirksam, weil sie von einem Richter vorgenommen sind, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Das gleiche bestimmt § 48 AO. für Handlungen einer Steuerbehörde, die ein Beamter vorgenommen hat, der nicht mitwirken sollte. So mag es im Dienststrafverfahren ahndbar sein und sonstige Fehlerfolgen haben, wenn der Vorsteher eines Finanzamts seinen Vater zu einer Steuer heranzieht, wirksam ist die Veranlagung doch. Auch die Ernennung eines Beamtenanwärters durch dessen Vater zum Beamten ist trotz der darin liegenden offenbaren Ordnungswidrigkeit rechtsgültig. Nur bei Verwaltungsakten, die eine Verfügung über Vermögen enthalten, kann die Verwandtschaft mit dem bürgerlichen Recht so augenfällig sein, daß man sich gezwungen sehen kann, das Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB. sinngemäß anzuwenden. Würde z. B. durch Einziehung eines öffentlichen Weges das Wegegelände freies Eigentum des die Einziehung aussprechenden Beamten, so würde die von ihm verfügte Einziehung rechtsunwirksam sein[4].

$\gamma$) Der von einem Einzelbeamten zu erlassende Verwaltungsakt hat zwei hauptsächliche Gegenstücke: den von mehreren Einzelbeamten und den von einem Kollegium zu erlassenden Verwaltungsakt. Hier und bei sonstigem behördlichen Zusammenwirken gibt es eine Menge denkbarer Fehlerhaftigkeiten[5], von denen nur die wichtigsten berührt werden sollen.

---

[1] Über mündliche Verhandlungen deutscher Gerichte außerhalb der Landesgrenzen vgl. Breetzke in JurRdsch. 1928 S. 66ff.

[2] RG. I 9. Febr. 22, RGSt. 56, 429ff. Vgl. auch RG. III. ZivSen. 18. März 30, SeuffArch. 84, 333f.

[3] Nicht unbestritten; vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 237 N. 46. Nach RG. I. StrSen. 2. Dez. 27, DJZ. 1928 Sp. 522f., ist Geisteskrankheit eines Richters Revisionsgrund, mehr nicht. Daß hier die Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht ohne weiteres maßgeblich sind, deutet schon ALR. § 810 II 18 (Gültigkeit der Akte minderjähriger Beamten) an.

[4] PrOVG. 27. Mai 20, PrVerwBl. 43 (1922) S. 31ff.

[5] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 238ff. Aus der neueren Rechtsprechung: Brem.-VG. 21. März 27, HansRZ. 1927 Sp. 351ff. (Kollegium statt des Vorsitzenden; dazu auch Friedrichs im PrVerwBl. 47, 1926, S. 212f.); PrOVG. 18. Dez. 17, Entsch. 73, 99ff. (Magistrat und Stadtverordnetenversammlung statt des Magistrats allein, ähnlich SächsOVG. 30. Jan. 29, Jahrb. 33, 230ff.); RFinH. 20. Dez. 28, JW. 1929 S. 1901 (Finanzamt ohne Steuerausschuß);

Der von mehreren Einzelbeamten gemeinsam zu erlassende Verwaltungsakt ist unwirksam, wenn nur einer von den zuständigen Beamten mitgewirkt hat. So sprach einmal der preußische Minister des Innern die vorläufige Amtsenthebung eines Regierungsrates mit Kürzung des Gehaltes allein aus, obgleich der Finanzminister hätte mitwirken müssen. Der Regierungsrat klagte unter Behauptung der Nichtigkeit seiner Amtsenthebung das volle Gehalt ein, und das Reichsgericht mußte ihm recht geben[1].

Bei Verwaltungsakten kollegial beschließender Behörden liegt Unwirksamkeit jedenfalls dann vor, wenn kein einziges Mitglied des Kollegiums den an einen Einzelbeamten zu stellenden Mindestanforderungen genügt. Ein Kollegium von lauter Privatleuten, die sich die Gewalt einer kollegialen Behörde anmaßen, kann, von revolutionären Zeiten abgesehen, keinen rechtswirksamen Verwaltungsakt vornehmen. Deswegen hat auch die versehentliche Ausfertigung eines angeblichen Beschlusses des Bezirksausschusses, der aber in Wirklichkeit vom Kollegium gar nicht beschlossen war, keinerlei rechtliche Wirkungen[2]. Dagegen versteht sich nicht von selbst, daß die Mitwirkung einzelner Privater oder daß mangelnde Vollzähligkeit den Akt des Kollegiums nichtig machen. Sofern nur der Vorsitzende des Kollegiums oder der sonstwie als Vertreter des Kollegiums Auftretende in seiner Person nicht an rechtlicher Unfähigkeit krankt[3], sind Beteiligungsfehler meistens unerheblich. So prüft das Reichsgericht nur nach, ob der Schlichtungsausschuß der Zahl nach richtig zusammengesetzt war[4], der hessische VGH. geht auf die Behauptung, das Mieteinigungsamt habe unter Zuziehung zweier Hausbesitzer, statt eines Hausbesitzers und eines Mieters, getagt, nicht ein[5]. Eine Doktorpromotion würde gültig sein, auch wenn sich an der Beschlußfassung nur drei, statt der vorgesehenen vier, Fakultätsmitglieder beteiligt hätten. Aber allerdings muß von einem Kollegium überhaupt noch gesprochen werden können[6], die vom Dekan allein ausgesprochene Promotion wäre unwirksam. So ist es mehrfach vorgekommen, daß in einer Gemeindesteuersache ein einzelnes Magistratsmitglied unter der Firma des Magistrats einen Einspruchsbescheid erließ. Das preußische OVG. setzte zwar derartige Bescheide außer Kraft[7], aber nur, um den Magistrat zur erneuten Beschlußfassung zu zwingen, nicht, weil es den Bescheid als gültig ansah. Wir wissen ja von früher, daß sich Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit nicht ausschließen (S. 263).

c) Machtüberschreitung. Ein ohne Formfehler und ohne Verfahrensmangel zustande gekommener Akt kann doch wegen Machtüberschreitung unwirksam sein. Dabei genügt es nicht, daß die Behörde nach Sachlage nicht so vorgehen

---

BraunschwVGH. 23. Apr. 13, BraunschwZ. 60 (1913) Beil. S. 1f. u. HessVGH. 24. Okt./7. Nov. 25, Entsch. 7, 33ff. (Abstimmung durch Aktenumlauf statt nach mündlicher Beratung).

[1] RG. III 23. Jan. 25, RGZ. 110, 103ff. Vgl. auch HambOVG. 27. Apr. 28, HansRGZ. A 1928 Sp. 428ff. (Unwirksamkeit der Beeidigung eines von der Handelskammer nicht angestellten Wägers).

[2] PrOVG. 6. Juli 20, Entsch. 76, 512ff.

[3] OldOVG. 13. Febr. 28, OldZ. 55 (1928) S. 65.

[4] RG. III 30. Juni 25, RGZ. 111, 166ff.

[5] HessVGH. 10. Dez. 21, Entsch. 5, 108ff. Andere Beispiele aus der Rechtsprechung über Gültigkeit eines Verwaltungsakts trotz Verfahrensmangels: BadVGH. 5. Dez. 23, Bad.-VerwZ. 1924 S. 33ff. (Mieteinigungsamt); RG. III 18. Jan. 27, RGZ. 116, 9ff. (Betriebsvertretung — dabei bleibe dahingestellt, ob das RG. die Vorschriften über Verwaltungsakte hier überhaupt anwenden durfte); PrOVG. 25. Nov. 26, JW. 1927 S. 2551 (Provinzialrat); BayVGH. 18. Juni 30, Samml. 51, 48ff. (Gemeinderat). Vgl. vor allem noch RArbG. 22. Jan. 29, JW. 1929 S. 1303ff. (Schiedsspruch im Ruhreisenkonflikt) mit Ausführungen Hoenigers und Erwin Jacobis ebenda S. 1273ff., 1276ff., sowie das am Kopfe des Paragraphen genannte Sammelwerk von Grauert u. a.

[6] Daher Nichtigkeit des sog. Einmannschiedsspruches: RArbG. 24. Apr. 29, Bensh.-Samml. 6, 451ff.

[7] PrOVG. 16. Okt. 14. u. 3. März 16, Entsch. 68, 37ff. u. 72, 48ff.

durfte, wie geschehen, sondern der Akt muß in seinem wesentlichen Teile, also nicht in der Begründung, sondern in der Verfügung selbst, derart sein, daß man unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Ermächtigung zur Erlassung des Aktes im Gesetze findet. Mag man noch so sehr bestrebt sein, die Unwirksamkeit von Verwaltungsakten einzuengen, so gibt es doch solch offenbare Überschreitungen der den Behörden anvertrauten Machtbefugnisse, daß man nur mit der Annahme völliger Unwirksamkeit hoffen kann, eine von der überwiegenden Mehrzahl der Rechtsgenossen gebilligte Lösung zu finden.

Den gröbsten Fehler stellt der Verwaltungsakt mit schlechthin unmöglichem Inhalt dar, also ein Verwaltungsakt, der überhaupt von keiner Behörde erlassen werden darf, für dessen Erlassung es höchstens eine zuständige Stelle gibt: den Gesetzgeber. Ein vielerörtertes Beispiel bietet die österreichische Dispensehe. In Österreich gibt es zwischen Katholiken keine Ehescheidung, sondern nur die Trennung von Tisch und Bett. Folglich kann ein getrennter Ehegatte bei Lebzeiten des anderen Teils sich nicht wieder verheiraten. Da verfiel man nach dem Kriege auf den Ausweg, den Teil, der eine neue Ehe eingehen wollte, vom Ehehindernis des bestehenden Ehebandes zu dispensieren. Einige Jahre nach Einführung des Brauches erklärten aber sowohl der Verwaltungsgerichtshof als auch der Oberste Gerichtshof die Dispensehe für unzulässig, der letzte zugleich in dem Sinne, daß der erteilte Dispens unwirksam sei[1]. Da der Dispens nicht etwa die alte Ehe auflöst — dies könnte er auch gar nicht —, sondern die Zweitehe gestattet, also genau genommen eine strafbare Handlung zuläßt, liegt der Fall eines Verwaltungsaktes mit absolut unmöglichem Inhalte vor; der Akt ist unwirksam. Ebenso ist es der auf ein Verbrechen oder Vergehen gerichtete militärische Dienstbefehl (MilStGB. § 47). Auch würde die Gestattung der Zuhälterei oder des gewerbsmäßigen Glückspiels[2] an absoluter Unmöglichkeit und daher Unwirksamkeit kranken. Doch braucht das absolut Unmögliche nicht etwas Strafbares zu sein. So galt schon vor § 76$^{IV}$ AO. der Satz, daß Rechtsmittelentscheidungen nicht zurückgenommen werden können. Geschah dies dennoch, wurde z. B. einmal ein Einspruchsbescheid zurückgenommen, so war die Zurücknahme unwirksam[3]. Die Kündigung lebenslänglich angestellter Beamten ist eine unbedingte rechtliche Unmöglichkeit, daher setzt sich das Reichsgericht bei der Entscheidung von Gehaltsansprüchen über sie als nicht vorhanden hinweg[4]. Ebenso ist unwirksam wegen absoluter Unmöglichkeit der Widerruf der Wartezeitabkürzung durch die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte[5], der Widerruf einer rechtskräftigen landrätlichen Grundstückskaufgenehmigung[6], die Rücknahme der Entlassung aus dem Staatsverbande[7], die Erlassung einer polizeilichen Strafverfügung gegen eine juristische Person[8], die mit auflösender Bedingung erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft[9],

---

[1] ÖVGH. 19. März 21, Samml. (Adm. Teil) 45, 31ff.; ÖObGH. 7. Febr. 22, Entsch. 4, 47ff.; ÖObGH. Gutachten von 1921 u. vom 3. Apr. 28, Entsch. 4, 406ff. u. Gerichtshalle 72 (1928) S. 61ff. Für die Zulässigkeit der Nachprüfung des Dispenses durch die Zivilgerichte jetzt auch der österr. Verfassungsgerichtshof als KompGH. am 7. Juli 30, JW. 1931 S. 684ff. mit Anm. von Bachrach, v. Hoffmannsthal, Steuber. Der an sich klare Fall liegt deshalb nicht ganz einfach, weil der Ehedispens in Zehntausenden von Fällen, also so häufig erteilt wurde, daß man versucht ist, von einer geglückten Revolution im Eherecht zu sprechen. Vgl. W. Jellinek Schöpferische Rechtswissenschaft 1928 S. 13f., 18.

[2] RG. III 15. Dez. 30, RGSt. 65, 55ff.

[3] PrOVG. 20. Juni 19, Entsch. 75, 35ff. Zurücknahme der Einspruchsentscheidung läßt die AO. jetzt zu.

[4] RG. III 5. Jan. 23 u. 13. Febr. 25, RGZ. 106, 154ff. u. 110, 189ff.; vgl. auch RG. III. ZivSen. 20. Apr. 28, JW. 1928 S. 2451ff.

[5] RVA. 11. Dez. 25, JW. 1926 S. 734.

[6] RG. III 12. Dez. 24, Gruch. 68 (1927) S. 318ff.

[7] BadVGH. 19. Juni 17, BadVerwZ. 1917 S. 194ff.; vgl. auch PrOVG. 23. Juni 86, Entsch. 13, 408ff.

[8] KG. 26. Apr. 29, RVerwBl. 50 (1929) S. 813f.

[9] PrOVG. 16. Okt. 11, Entsch. 61, 345ff.

die Betrauung eines Staatsanwalts mit richterlichen Geschäften[1], die Übertragung der den Gemeinden als Selbstverwaltungskörpern anvertrauten Dispensationsbefugnis für ortsstatutarische Bauverbote auf die Ortspolizeibehörde[2] oder die Betrauung einer Stelle mit einer im Gesetze nicht vorgesehenen Stellvertretung[3]. Unwahrscheinliche Beispiele, wie Erteilung eines Patents auf hundert Jahre oder Entziehung des Urheberrechts durch Verwaltungsakt, brauchen gar nicht angeführt zu werden.

Unwirksamkeitsgrund kann aber auch die unbedingte sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sein[4]. Nicht jede sachliche Unzuständigkeit genügt. Erläßt z. B. das Hauptzollamt statt des Finanzamts eine Anordnung zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme, so liegt zwar Unzuständigkeit, aber nicht Unwirksamkeit vor, da derartige Anordnungen sich im Rahmen der allgemeinen Befugnisse des Hauptzollamtes halten. Würde sich dagegen das Finanzamt herausnehmen, einen Jagdschein zu erteilen oder eine Baugenehmigung zu widerrufen, so würde niemand an der Unwirksamkeit derartiger Verfügungen zweifeln. Wenn § 78 AO. die sachliche Unzuständigkeit unter den Zurücknahmegründen aufführt, so beweist dies nichts gegen die Unwirksamkeit sachlich unbedingt unzuständig erlassener Verfügungen, zumal, wie schon häufig betont, Unwirksamkeit und Zurücknehmbarkeit sich nicht ausschließen, die AO. außerdem nur der örtlichen Unzuständigkeit Unwirksamkeitsfolgen abspricht (§ 61). Ausdrücklich anerkannt wird die sachliche Unzuständigkeit als Unwirksamkeitsgrund z. B. im § 32 des Reichsgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit. „Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts . . erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm . . . vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß.“ Bemerkenswert ist die Selbstverständlichkeit, mit der das Gesetz die Unwirksamkeit sachlich unzuständig erlassener Verfügungen in einem Nebensatze abtut. Auch nach § 27 der Vollzugsverordnung vom 16. November 1901 zum württembergischen Wassergesetz ist die „von der Ortspolizeibehörde unzuständigerweise erteilte Erlaubnis . . . ungültig und unwirksam“. Aber die Frage bedarf keiner ausdrücklichen Regelung, die Unwirksamkeit versteht sich von selbst. Ein Gemeindevorstand setzt eine Ordnungsstrafe fest, zu deren Verhängung nur die Amtshauptmannschaft befugt gewesen wäre: die Festsetzung ist unwirksam und kein geeigneter Vollstreckungstitel[5]. Der württembergische VGH. läßt gegen sachlich völlig unzuständig erlassene Entscheidungen, da sie unwirksam sind, nicht einmal die Rechtsbeschwerde zu[6]. Ebenso ist nach einer Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts in Schwerin die Beeidigung eines Auktionators durch die sachlich unbedingt unzuständige Landdrostei ohne rechtliche Wirkungen[7]. Auch das Reichsgericht prüft die Entscheidungen der

---

[1] RG. I. StrSen. 11. Dez. 25, JW. 1926, 1228f.

[2] PrOVG. 7. Dez. 15, Entsch. 70, 422ff.

[3] RG. I 6. März 23, RGSt. 57, 269f.; PrOVG. 19. Sept. 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 176f.

[4] Abstrakte (absolute) Unzuständigkeit im Gegensatze zur konkreten. Richtig PrOVG. 25. Juni 29, Entsch. 84, 145ff. (sachliche, nicht, wie die Überschrift meinen läßt, örtliche Unzuständigkeit). Als Gegenbeweis lassen sich weder das Gutachten noch die Entscheidungen des RFinH. v. 15. Mai u. 18. Sept. 29, 18. Sept. 30, Samml. 25, 220ff., JW. 1930 S. 292f., 1931 S. 342ff., anführen, da es sich hier um Zuständigkeiten im Rechtszuge, also um die von der sachlichen Zuständigkeit zu sondernde sog. funktionelle Zuständigkeit handelte, die gegen Fehler empfindlicher ist als die sachliche; vgl. ROSENBERG Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts[2] 1929 S. 76f., 80f.

[5] SächsOVG. 25. Mai 21, Jahrb. 26, 260ff.

[6] WürttVGH. 30. Dez. 25, WüRV. 19 (1926) S. 78ff.

[7] LVG. Schwerin 28. Juni 24, MecklZ. 42 (1926) Sp. 49f.

Mieteinigungsämter und der Schlichtungsausschüsse auf Innehaltung der sachlichen Zuständigkeit nach[1].

Dagegen denkt das Gesetz über die örtliche Unzuständigkeit meistens milder, wohl aus der Erwägung heraus, daß immerhin eine der zuständigen Behörde gleichgeartete Behörde den Verwaltungsakt erlassen hat. Gerichtliche Handlungen sind nach § 7 FGG. „nicht aus dem Grunde unwirksam, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht . . . vorgenommen sind". Das gleiche bestimmt § 61 I AO. über die Handlungen der Finanzämter. Die Regel gilt unbedingt, wenn man dem Akte nicht sofort ansehen kann, ob er örtliche Zuständigkeitsvorschriften verletzt, wenn also z. B. die Zuständigkeit vom Wohnsitz, vom gewöhnlichen Aufenthalt, von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen abhängt. Hängt dagegen die örtliche Zuständigkeit mit der Lage eines Grundstücks zusammen, so bedarf es schon ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung, wenn die Außerachtlassung der Zuständigkeitsvorschrift ohne Unwirksamkeitsfolge bleiben soll. So würde es kaum jemand begreifen, daß eine ostpreußische Ortspolizeibehörde einen Hausbau in Köln sollte auch nur vorläufig rechtswirksam genehmigen können. Denn eine solche Genehmigung stellt eine Art öffentlichrechtlicher Verfügung über ein Grundstück dar, und es ist im öffentlichen Interesse begründet, daß eine Behörde in der ihr anvertrauten Sorge über die Gestaltung der Gemarkung nicht durch fremdes Hineinregieren gestört wird. Als daher einmal der Polizeipräsident von Berlin die gewerbepolizeiliche Genehmigung zum Betriebe einer außerhalb Berlins gelegenen Irrenanstalt erteilt hatte und die Frage entstand, ob diese unzuständigerweise erteilte Genehmigung, um hinfällig zu werden, erst förmlich aufgehoben werden müsse, verneinte das OVG. die Frage mit Recht; die Erlaubnis sei „in dem Sinne unwirksam und nichtig, daß aus ihr das Recht auf Fortsetzung des Gewerbebetriebs von dem Kläger nicht in Anspruch genommen werden" könne[2]. Eine unbedingte Schranke für die örtliche Zuständigkeit bietet die Landesgrenze. So wie ein Enteignungsgesetz nicht über die Landesgrenze hinaus wirkt[3], sowenig könnte ein Verwaltungsakt die Enteignung eines außerhalb des Landes liegenden Grundstücks aussprechen[4]. Nur können gewisse über die Landesgrenzen wirkende Anordnungen bedingt gemeint sein; so war einmal die Auflage einer preußischen Behörde, eine Kläranlage auf hessischem Gebiet zu errichten, so zu verstehen, daß sie nur gelten sollte, wenn die hessische Behörde ihre Zustimmung gab, und daher nicht zu beanstanden[5].

d) Neben den drei bisher erörterten Unwirksamkeitsgründen — Formfehlern, Verfahrensmängeln, grober Machtüberschreitung — tritt die vierte in Betracht kommende Fehlerhaftigkeit, die Sachwidrigkeit, an Bedeutung für die Unwirksamkeitslehre erheblich zurück. Die allgemeine Regel ist sogar die, daß ein in der Form einwandfreier, im vorgeschriebenen Verfahren ergangener Verwaltungsakt, der sich innerhalb der dem Wirken der Behörde überhaupt gesetzten Grenzen hält, nicht deshalb unwirksam ist, weil er nach Sachlage nicht hätte erlassen werden sollen oder weil ihn die Behörde bei fehlerfreier Entschließung nicht hätte erlassen wollen. Die Verleihung der preußischen Staatsangehörigkeit an einen Ausländer,

[1] RG. III 9. Dez. 21, 4. März 22, 30. Jan. 23, RGZ. 103, 271ff.; 104, 153ff.; 106, 238ff. Ebenso RArbG. im Ruhreisenkonflikt, oben S. 274 Anm. 5. — Andere Beispiele BadVGH. 18. März 13, BadVerwZ. 1913 S. 106f.; BremVG. 21. März 27, HansRZ. 1927 Sp. 351ff.; KG. 29. Nov. 27, RVerwBl. 49 (1928) S. 623f.; PrOVG. 1. März 29, Entsch. 84, 437ff.; PrOVG. 20. März 30, bespr. v. Heinemann u. Hammans, RVerwBl. 52 (1931) S. 201ff., 203ff.

[2] PrOVG. 14. Nov. 01, Entsch. 40, 301; dazu meine Besprechung im ArchÖffR. N. F. 9 (1925) S. 367.

[3] RG. VII 7. Juni 21, RGZ. 102, 251ff.

[4] Vgl. auch Schult Besteuerung eines außerhalb des Stadtgebietes liegenden Grundstückes durch eine städtische Steuerbehörde, MecklZ. 43 (1927) Sp. 497ff., dagegen Meckl.-Schw. Min. d. I. 30. Juni 28, MecklZ. 44 (1928) Sp. 662.

[5] PrOVG. 28. Nov. 16, Entsch. 72, 277ff.

den der Regierungspräsident für einen Württemberger hielt, ist ebensowenig unwirksam wie die Heranziehung eines Steuerpflichtigen zu einer ungesetzlich hohen Steuer oder die Zwangsversetzung eines Beamten in den Ruhestand auf Grund eines irrigen ärztlichen Zeugnisses. Wenn schon im Privatrecht der Irrtum kein Nichtigkeitsgrund, sondern nur Anfechtungsgrund für Rechtsgeschäfte ist, und auch das nur in beschränktem Umfange, so macht um so mehr im öffentlichen Rechte der Irrtum des den Verwaltungsakt erlassenden Beamten den Akt nicht unwirksam. Nur wo aus dem Grunde sonst mangelnden Rechtsschutzes, wie im Beamtenrecht beim Ungehorsam gegen einen unzulässigen Dienstbefehl oder im bayerischen Polizeirecht beim Ungehorsam gegen polizeiliche Verfügungen (oben S. 248), die Nachprüfung eines Verwaltungsaktes in weitem Umfange zugelassen ist, kann schon bloße mnzulässigkeit nach Sachlage, bloßer Irrtum Unwirksamkeitsgrund sein.

Auch der durch unlautere Mittel, vor allem durch unwahres Vorbringen *erschlichene Verwaltungsakt* ist nicht unwirksam. Allerdings kannte das gemeine Recht und kennt noch heute das kanonische Recht[1] die unter Wahrheitsbedingung erteilte Bewilligung. Mit einigen Ausnahmen sind alle kirchlichen Reskripte so zu verstehen, als sei ihnen die Bedingung beigefügt: „Si preces veritate nitantur". Dem weltlichen Rechte ist eine solche Bedingung fremd. Wohl ist die Erschleichung mehrfach ausdrücklich als Grund für die Zurücknahme des Verwaltungsaktes anerkannt, so im badischen und thüringischen Rechte ganz allgemein[2], im Reichssteuerrecht[3], in einzelnen Sondergesetzen[4], aber Unwirksamkeitsgrund ist sie nie. Auch hier gestattet ein Vergleich mit dem Privatrecht einen fruchtbaren Schluß. Bekanntlich sind Verwaltungsakte gegen Unwirksamkeit besser geschützt als private Rechtsgeschäfte. Wenn nun selbst diese bei arglistiger Täuschung nur anfechtbar sind, um wieviel mehr muß dies bei erschlichenen Verwaltungsakten der Fall sein. So hatte das preußische OVG. einmal den berühmten Fall zu entscheiden, daß sich ein Russe, um nicht aus Preußen ausgewiesen zu werden, scheinbar in Gotha niederließ, daraufhin die Naturalisation erbat und erhielt und so als Deutscher nach Preußen zurückkehrte. Die Polizeibehörde wies ihn trotzdem als lästigen Ausländer aus, das OVG. hob aber unter Verwerfung der exceptio sub-vel obreptionis auf, da die Naturalisation trotz Erschleichung nicht unwirksam sei[5]. Vor einiger Zeit berief sich eine Partei in einer privatrechtlichen Streitsache darauf, daß die Gegenpartei eine Verfügung des Demobilmachungskommissars erschlichen habe, die Verfügung daher nichtig sei; das Reichsgericht ließ aber die Behauptung nicht zu[6].

Anders liegen die Dinge bei dem *mit schweren Drohungen erzwungenen* Verwaltungsakt[7]. Liest man nämlich die Gründe, die zur Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Zivilurteil geschlossenen Verfahrens führen, aufmerksam durch, so findet man, daß zwar einem durch die Nötigungshandlung einer Partei erzwungenen Urteil mit der Restitutionsklage beizukommen ist (§ $580^{4}$ ZPO.), nicht aber einem von anderer Seite erzwungenen Urteil, sofern nur die Drohung so ernst war, daß der Richter ihr nachgeben durfte, ohne sich der Bestrafung wegen Rechtsbeugung auszusetzen (§ 52 StGB.). Da die Unanfechtbarkeit eines solchen Urteils jedes Rechtsempfinden verletzen würde, bleibt nur übrig, es als unwirksam zu bezeichnen, und was von einem Urteil gilt, muß erst recht für einen Verwaltungsakt richtig sein. Auch der Gedanke liegt nahe, daß es gegen die Würde des Staatsgedankens verstößt, wenn man sich vorstellen soll, die dem einzelnen übergeord-

[1] Codex iuris canonici can. 40. Die Einrede der Erschleichung ist bekannt unter dem Namen der exceptio sub-vel obreptionis; Anklänge im can. 42. Vgl. zur ganzen Frage Fehlerh. Staatsakt S. 106ff.

[2] Bad. VO. v. 31. Aug. 84 § $43^{I\,2}$; thür. LVO. §§ $142^{I\,5}$, $143^{6}$. [3] AO. § $78^{I\,2,\,II}$.

[4] Z. B. lüb. G. ü. d. Hengstkörung v. 21. Juni 22 § $3^{II}$.

[5] PrOVG. 23. Juni 86, Entsch. 13, 408ff. [6] RG. VII 24. Okt. 22, RGZ. 106, 115ff.

[7] Vgl. Fehlerh. Staatsakt S. 114ff.; NEUBECKER Zwang und Notstand I 1910 S. 164ff.

nete Staatsgewalt solle auch dann noch Staatsgewalt sein, wenn sie nach dem Willen Privater gelenkt wird. Stürmt also eine Horde Ausländer das Gebäude einer preußischen Regierung, ein Fall, der nicht weniger im Bereiche der Möglichkeit liegt als das Revolverattentat im Reichsgericht am 16. November 1908[1], und zwingt sie den Regierungspräsidenten durch Drohung mit Erschießen zur Ausstellung von Einbürgerungsurkunden an alle Beteiligten und gibt der Regierungspräsident der Drohung nach, so sind die von ihm vollzogenen Einbürgerungen rechtlich unwirksam, eine nicht unwichtige Erkenntnis, da nach der Rechtsprechung des OVG.[2] die einmal wirksam gewordene Einbürgerung nicht mehr widerrufen werden kann.

**2. Der anfechtbare Verwaltungsakt.** Anfechtbarkeit eines Verwaltungsaktes kann in einem doppelten Sinne gemeint sein: formelle Möglichkeit der Anfechtung und Anfechtung mit der rechtlichen Notwendigkeit eines Erfolges. Nur die Anfechtbarkeit in dieser zweiten Bedeutung sei untersucht.

Hierbei können wir uns kurz fassen, da die Anfechtbarkeit die für den fehlerhaften Verwaltungsakt näher liegende Rechtsfolge ist als die Unwirksamkeit. Ein dem einzelnen ungünstiger Verwaltungsakt ist trotz aller Fehlerhaftigkeit im Zweifel nur anfechtbar und nicht unwirksam, und selbst wenn er unwirksam ist, kann er nach früher Gesagtem (oben S. 263) außerdem angefochten werden, falls sein Bestehen durch den Schein der Gültigkeit den von ihm Betroffenen in seinen Interessen verletzt. Ist gegen einen Verwaltungsakt überhaupt ein Rechtsmittel gegeben, so sind im Zweifel alle unterlaufenen Fehler Anfechtungsgründe; nur die Vernachlässigung der als „Soll"-Vorschrift oder ähnlich bezeichneten Regeln bildet eine Ausnahme[3]. Formfehler, Verfahrensmängel[4], Unzuständigkeiten, Rechtswidrigkeiten in der Sache, Verkennung der Tatsachen führen demnach zur Aufhebung des Verwaltungsaktes auf Anfechtung hin. Selbst bloße Mängel innerhalb der Zweckmäßigkeitserwägungen können Anfechtungsgrund sein. Bei der Darstellung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes und der Grenzen der Polizeigewalt wird auf alle diese Fragen zurückzukommen sein.

**3. Widerruflichkeit von Verwaltungsakten.** Wie sich der einzelne durch Anfechtung vor gesetzwidrigen Verwaltungsakten schützen kann, so muß auch der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit gegeben sein, fehlerhafte Verwaltungsakte zurückzunehmen. Die nächstliegende Frage ist die, ob nicht der Akt vielleicht schon nach seiner ganzen Natur zu den frei widerruflichen gehört. Denn wenn dies zutrifft, bedarf es keines Eingehens auf die Besonderheit des Fehlers. Erst beim nicht frei widerruflichen Akt erhält die Eigenart des Fehlers Bedeutung. Wir fragen daher zunächst nach den allgemeinen, von Fehlern unabhängigen Gründen des Widerrufs.

a) Frei widerrufliche Verwaltungsakte. Über die Frage, wann ein Verwaltungsakt frei widerruflich ist, lassen sich zunächst zwei allgemeine Sätze aufstellen, beide mehr negativer als positiver Art.

Ein Verwaltungsakt ist nicht frei widerruflich, wenn er erlassen werden mußte, wenn er also ein gebundener Verwaltungsakt ist. Sonst würden Erlassung und Widerruf dauernd hin- und herpendeln. Hat also jemand auf Erteilung eines Jagdscheins einen Anspruch, so kann ihm der erteilte Schein nur aus besonderen Gründen und nicht nach freiem Ermessen entzogen werden.

Der zweite allgemeine Satz lautet: daraus, daß ein Verwaltungsakt frei erlassen werden konnte, folgt nicht notwendig seine freie Widerruflichkeit[5]. Obgleich der Satz etwas Selbstverständliches sagt, findet man

---

[1] Vgl. DJZ. 1908 Sp. 1326. [2] Vgl. die oben erwähnte Entscheidung v. 23. Juni 86.
[3] Vgl. z. B. PrOVG. 5. Jan. u. 10. Juli 14, Entsch. 66, 336ff. u. 68, 428ff.
[4] Vgl. z. B. PrOVG. 8. Juli 15, Entsch. 69, 332ff.
[5] PrOVG. 25. Apr. 02, Entsch. 41, 1ff.; SächsOVG. 21. Juni 05, Jahrb. 7, 290ff.; Thür.-OVG. 25. Nov. 25, Jahrb. 10, 104ff.; RG. III 16. Dez. 30, HöchstRRspr. 1931 Nr. 859.

doch hin und wieder in einer Entscheidung die Bemerkung, da die Erteilung oder Versagung der Erlaubnis, z. B. zur Darbietung von Lustbarkeiten auf öffentlichen Straßen, dem Ermessen der Polizeibehörde anheimgegeben sei, seien ihr auch bei Zurücknahme der Erlaubnis keine Schranken gesetzt[1]. Der Schluß ist offenbar unrichtig. Was würde man wohl sagen, wenn ein Gericht die freie Entlaßbarkeit eines Beamten damit begründen wollte, daß auch die Anstellung ein freier Akt gewesen sei, oder die Auflösbarkeit einer nach Landesrecht genehmigten juristischen Person des öffentlichen Rechts damit, daß kein Anspruch auf Genehmigung bestand!

Geht man den Gründen des zweiten Satzes nach, so findet man als Schranke des freien Widerrufs das durch den Verwaltungsakt geschaffene subjektive öffentliche Recht. Allerdings liegt vielfach ein Zirkelschluß vor[2], wenn man sagt, ein Verwaltungsakt könne deshalb nicht zurückgenommen werden, weil er ein subjektives Recht geschaffen habe; denn das subjektive Recht ist unter Umständen gerade auf Beibehaltung der durch den Verwaltungsakt geschaffenen Rechtslage gerichtet, besteht also in dem, was erst bewiesen werden soll, daß nämlich der Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden darf. Aber ganz nichtssagend ist der Hinweis auf das subjektive Recht doch nicht. Vielleicht verleiht der Verwaltungsakt dem einzelnen ausdrücklich ein „Recht" oder der Verwaltungsakt gehört zu denen, die nicht nur zwischen Staat und einzelnem, sondern auch zwischen diesem und dritten Personen Rechtsbeziehungen begründen, wie Verleihung des Bergwerkseigentums, Genehmigung einer Namensänderung, Einweisung eines Zwangsmieters. Außerdem kann in dem Hinweis auf das subjektive Recht auch der Gedanke stecken, daß der vom Verwaltungsakt Begünstigte ein Recht auf dessen Weiterbestehen erst hat, wenn der Akt formell rechtskräftig geworden ist. Dies führt zu der weiteren Erkenntnis der Widerruflichkeit eines Verwaltungsaktes vor Ablauf der etwa vorhandenen Anfechtungsfrist, allgemeiner: vor Abschluß des gerade schwebenden Verfahrens. So ist die Rückgängigmachung eines Gemeindebeschlusses bis zur Bestätigung durch die Aufsichtsbehörde zulässig[3], der Widerruf der landrätlichen Genehmigung eines Grundstückskaufes bis zur Auflassung[4]. § $43^{\mathrm{II}}$ der lange Zeit vorbildlich gewesenen badischen Verordnung vom 31. August 1884 über das Verfahren in Verwaltungssachen drückt den Gedanken so aus: „Die Behörde, von welcher eine Verfügung oder Entscheidung erlassen ist, oder die ihr vorgesetzte höhere Behörde, kann solche abändern oder ganz aufheben: 1. wenn durch die Verfügung oder Entscheidung nicht eine Partei einen gesetzmäßigen Anspruch bereits erworben hat, und in diesem Falle schon wegen geänderter oder abweichender Ansicht"[5].

Keine Schwierigkeit, sollte man meinen, bereitet ferner der Fall des Widerrufsvorbehaltes. Die Polizei genehmigt z. B. die Polizeistundenverlängerung „auf jederzeitigen Widerruf" oder sie gestattet in widerruflicher Weise die Errichtung eines Schuppens vor der Fluchtlinie. Später nimmt sie die Genehmigungen zurück, die Polizeistundenverlängerung, weil sie ihre Ansicht über die Zweckmäßigkeit des langen Wirtshausbesuches geändert hat, die zur Fluchtlinienüberschreitung, weil der Inhaber sich weigert, entgegen seinem Versprechen eine Anerkennungs-

---

[1] Z. B. BayObLG. 24. Apr. 06, SammlSt. 6, 423ff.

[2] So mit Recht O. Bühler in VStaatsRL. 3 (1927) S. 110.

[3] Vgl. H. Peters S. 235f.; auch SächsOVG. 8. Febr. 23, Jahrb. 27, 188f. Gegenstück: unzulässiger Widerruf der eine Ortssatzung vollwirksam machenden Genehmigung; LVG. Schwerin 4. Juli 30, MecklZ. 47 (1930) Sp. 61ff.

[4] RG. V 3. Jan. 23, RGZ. 106, 142ff. Vgl. auch RDiszH. 8. Okt. 23, Schulze-Simons Rechtspr. d. RDiszH. 1926 S. 23f., PrDiszHNichtrichtB. 11. Juni 28, DJZ. 1928 Sp. 1088f., und — mit Einschränkungen — PrOVG. 23. Apr. 29, Entsch. 84, 445ff. (Widerruflichkeit der Entlassung oder Zurruhesetzung eines Beamten bis zu deren Wirksamwerden).

[5] Ähnlich österr. Allg. Verwaltungsverfahrensgesetz v. 21. Juli 25 § $68^{\mathrm{II}}$.

gebühr an die Stadtgemeinde zu entrichten. Während hier nach Ansicht aller unbefangen Urteilenden alles in Ordnung ist, hat das preußische OVG. Bedenken gegen die freie Widerruflichkeit[1]. Auch bei Widerrufsvorbehalt soll der Widerruf an die Schranken der Polizeigewalt gebunden sein, also nur zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit und zur Abwendung der dem Publikum oder einzelnen seiner Mitglieder drohenden Gefahr ergehen dürfen. Diese Rechtsprechung übersieht, daß bei frei zu erteilenden Genehmigungen auch andere Beweggründe für die Versagung maßgebend sein dürfen als polizeiliche und daß der Widerrufsvorbehalt nahe verwandt ist mit einer in die Zukunft verlegten Versagung. Vor allem aber will die Behörde mit ihrem Vorbehalt mehr als eine nur nach polizeilichen Gesichtspunkten auszuübende Widerrufsmöglichkeit. Ist dies nach Ansicht des OVG. unzulässig, so ist nach früher Gesagtem (oben S. 266f.) der ganze Vorbehalt unwirksam und mit ihm die Erlaubniserteilung. Auf keinen Fall ist es zulässig, den nach Ansicht der Behörde freien Widerrufsvorbehalt gegen ihren Willen zu einem gebundenen zu machen. Einige neuere Gesetze, die den Widerrufsvorbehalt regeln, folgen denn auch dem preußischen OVG. in dessen bedenklicher Rechtsprechung nicht[2]. Das Verbot der Willkür (S. 37f.) genügt.

Wir haben mit Absicht bisher vermieden, die Unwiderruflichkeit eines Verwaltungsaktes mit dem Worte „Rechtskraft" zu bezeichnen, da der Ausdruck für Verwaltungsakte im allgemeinen so wenig paßt wie für Handlungen des Privatrechts[3]. So wenig die Anstellung einer Hausgehilfin mit dem Abschluß des Dienstvertrages „rechtskräftig" wird, so wenig wird es die Anstellung eines Beamten deshalb, weil die Anstellung nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann. Rechtskraft ist vielmehr eine typische Eigenschaft der richterlichen Entscheidung und bedeutet, daß die Anwendung des Rechts auf einen konkreten Tatbestand in ihrer Richtigkeit nicht mehr in Frage gestellt werden kann; da der durch die Entscheidung geschlichtete Streit endlich zur Ruhe kommen muß, steht es auch den Gerichten nicht mehr frei, die Entscheidung umzustoßen. Um Streitentscheidungen, überhaupt um Entscheidungen handelt es sich aber bei Verwaltungsakten meistens nicht, sondern um Neues schaffende Verfügungen. Enthält aber einmal ein Verwaltungsakt eine Entscheidung, dann besteht die Vermutung für seine Unwiderruflichkeit nach Analogie des gerichtlichen Urteils. Für Rechtsmittelentscheidungen, außer für Einspruchsbescheide, ordnet § 76$^{IV}$ AO. die Unwiderruflichkeit ausdrücklich an. Kraft ungeschriebenen Rechts kam das Reichsgericht für die Entscheidung des Reichsfinanzministers, daß eine Sache nicht dem Abgeltungsverfahren unterworfen ist, zum gleichen Ergebnis[4].

Bei zweiseitigen Verwaltungsakten spricht schon das Wesen der Zweiseitigkeit für eine gewisse Beschränkung der Rücknehmbarkeit. Ist ein Antrag abgelehnt worden, so ist die zwischen Staat und einzelnem angebahnte Rechtsbeziehung erloschen, und es wäre ein Verstoß gegen die vom Gesetze gewollte Zweiseitigkeit, wenn die Behörde ohne erneuten Antrag die ablehnende Verfügung sollte zurücknehmen und damit die Rechtsbeziehung ohne Willen des Antragstellers sollte neu begründen dürfen. § 18$^{I}$ FGG. und § 75 AO. bestätigen die Regel.

Endlich ist es im Grunde der Widerwille des menschlichen Geistes gegen doppelte Verneinungen, der zur Unzulässigkeit eines Widerrufs des Widerrufs führt[5]. Denn es wäre nicht einzusehen, warum dann nicht auch der Wider-

---

[1] Z. B. PrOVG. 22. Febr. 06 u. 10. Okt. 16, Entsch. 50, 361ff. u. 71, 428ff. — Vgl. hiergegen meinen Aufsatz „Polizeiliche Genehmigungen auf jederzeitigen Widerruf" im PrVerwBl. 47 (1926) S. 574f. — Beginn einer Abkehr von dieser Rechtsprechung wohl PrOVG. 29. Okt. 25 u. 3. Mai 28, Entsch. 80, 198ff. u. RVerwBl. 49 (1928) S. 892f.

[2] AO. § 78$^{I}$, thür. LVO. §§ 142f. Wie das PrOVG. freilich PolG. 1931 § 42$^{II}$.

[3] Vgl. neuerdings zu dieser Frage R. COESTER Rechtskraft der Staatsakte 1927 S. 100ff.

[4] RG. III 18. Dez. 25, RGZ. 112, 233ff.

[5] Vgl. PrOVG. 29. März 17, Entsch. 73, 328ff.

ruf des Widerrufs des Widerrufs möglich sein sollte und so fort bis zur völligen Verwirrung. Ist ein Verbot widerrufen und die Behörde bereut den Widerruf, dann mag sie das Verbot erneut erlassen. Stehen solchem Vorhaben rechtliche Bedenken im Wege, dann ist dies ein Beweis mehr für die Unzulässigkeit des auf den gleichen Erfolg abzielenden Widerrufs des Widerrufs.

Die bis hierher gefundenen Sätze entheben nicht von der Beantwortung der grundsätzlichen Frage, ob die Vermutung für oder gegen die Widerruflichkeit begünstigender[1] Verwaltungsakte spricht. Da das Haupthindernis für die freie Widerruflichkeit ein entgegenstehendes subjektives Recht bildet und in diesem Falle der freie Widerruf unzulässig ist, kann man der Rechtsprechung, die Widerruflichkeit sonst im Zweifel bejaht[2], beipflichten. Das FGG. (§ $18^{I}$) und die AO. (§ 75) stehen auf dem gleichen Standpunkt. Der einem Beamten erteilte Urlaub, die Erlaubnis zur Aufstellung von Tischen und Stühlen auf der Straße, Ausnahmebewilligungen von den Vorschriften über die Sonntagsruhe sind also ohne weiteres widerruflich. Die Regel bedarf aber einer wichtigen Einschränkung. Abgesehen von dem ausdrücklichen Ausschlusse der Widerruflichkeit durch gesetzliche Bestimmung ist der Widerruf nicht mehr zulässig, wenn der Empfänger der Genehmigung im Vertrauen auf ihren Bestand das genehmigte Werk zu verwirklichen begonnen hat[3]. Hat er z. B. einen Baudispens erhalten und das zu bebauende Grundstück ausgeschachtet oder gar den Bau fertiggestellt, so ist klar, daß der Dispens nicht nachträglich frei widerrufen werden kann. Auch die Genehmigung zur Veranstaltung einer Zirkusaufführung ist nicht mehr widerruflich, wenn der Veranstalter seinen Zirkus nach dem Orte der Veranstaltung verladen hat.

b) Widerruf nicht frei widerruflicher Verwaltungsakte. Erst wenn feststeht, daß ein Verwaltungsakt nicht zu den frei widerruflichen gehört, gewinnt die Frage, aus welchen besonderen Gründen er dennoch widerrufen werden kann, Bedeutung. Bloße Sinnesänderung in der Ermessensfrage kann kein Widerrufsgrund sein, denn dann wäre der Verwaltungsakt frei widerruflich. So bleiben nur zwei Widerrufsgründe: Fehlerhaftigkeit bei der Vornahme und nachträgliche Umstände.

*α) Fehlerhaftigkeit bei der Vornahme des Verwaltungsaktes* macht ihn im Zweifel jedenfalls dann widerruflich, wenn der Fehler die Aufhebung oder Änderung selbst eines rechtskräftigen Zivilurteils rechtfertigen würde. Da die Verwaltungsakte als zum Teil rasch vorzunehmende Handlungen des Staats vom Gesetze vermutlich weniger widerstandsfähig gewollt sind als die mit aller erdenklichen Sorgfalt umgebenen gerichtlichen Entscheidungen, enthalten die Vorschriften über die Antastbarkeit rechtskräftiger Zivilurteile im Zweifel das Mindestmaß des auch Verwaltungsakten gegenüber Erlaubten. Doch enthält der Vergleich nur den leitenden Gesichtspunkt, der Widerruf von Verwaltungsakten ist im allgemeinen an weniger scharf umrissene Voraussetzungen gebunden als die Beseitigung eines rechtskräftigen Urteils.

---

[1] Der Aufhebung ungünstiger Verwaltungsakte zum Vorteil des Betroffenen stehen grundsätzliche Bedenken überhaupt nicht im Wege; daher die Möglichkeit, eine formell rechtskräftige Verfügung dieser Art aufzuheben und dann neu zu erlassen, um dem Betroffenen die Möglichkeit zur Anfechtung vor den Verwaltungsgerichten zu geben. Vgl. hierüber SCHULTZENSTEIN Die Verwaltungsklage gegen wiederholte polizeiliche Verfügungen, VerwArch. 9 (1901) S. 95ff.; PrOVG. 10. Febr. 27 u. 3. Apr. 30, Entsch. 81, 466ff. u. RVerwBl. 51 (1930) S. 548f.; RVA. 27. Juni 30, Entsch. 27, 444ff.

[2] Über die Rechtsprechung des PrOVG. vgl. vor allem SCHOEN in der Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 118ff. Vgl. ferner SächsOVG. 2. Nov. 11, Jahrb. 18, 141ff.; LVG. Schwerin 18. Mai 28, MecklZ. 45 (1928) Sp. 63ff.

[3] Vgl. z. B. PrOVG. 7. Apr. 93, Entsch. 24, 344ff., insbes. 350; HambOVG. 2. Juli 29, HansRGZ. A 1930 Sp. 163f.; OldOVG. 27. Juni 12, OldZ. 40 (1913) S. 27ff.; LVG. Schwerin 7. Dez. 23, MecklZ. 42 (1926) Sp. 44ff.

Um mit einem weniger wichtigen Punkt zu beginnen, so ist die Berichtigung von Schreibfehlern, Rechenfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten (§ 319 ZPO.) auch bei Verwaltungsakten zulässig. § 74$^{III}$ AO. bestimmt dies ausdrücklich für Steuerverwaltungsakte. Aber auch sonst gilt der Grundsatz kraft ungeschriebenen Rechtes[1]. Die Unrichtigkeit muß aber wirklich offenbar sein. So ist die Berichtigung zulässig, wenn der Bezirksausschuß die Höhe der Entschädigung für die Enteignung eines Grundstücks auf 29000 RM festsetzt und dabei 100000 qm Bodens zu 27 Pfennigen angenommen, dagegen nicht, wenn er bei einem Preise von 29 Pfennigen fälschlicherweise 100000 qm, statt wirklich vorhandener 95000 qm der Berechnung zugrunde gelegt hat.

Widerruflich sind unwirksame Verwaltungsakte, bei denen die Gefahr besteht, daß sie als gültig angesehen werden. So ist die Erteilung eines Patents ohne rechtswirksam gestellten Antrag nichtig, aber nichts steht im Wege, diese Rechtslage durch Zurücknahme des Patents klarzustellen. Das über das Verhältnis zwischen Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit Gesagte (S. 263) gilt auch hier. Wichtig ist dieser Widerrufsgrund namentlich bei Nichtigkeit von Nebenbestimmungen. Die Behörde erteilt z. B. eine Theatergenehmigung auf ein Jahr statt zeitlich unbeschränkt. Das geht nach § 40$^{I}$ GewO. nicht. Die Nichtigkeit der Nebenbestimmung hat aber, wie früher gezeigt, Nichtigkeit des ganzen Aktes zur Folge. Um Klarheit zu schaffen, kann die Behörde die Genehmigung zurücknehmen. Der Unterschied zwischen diesem nur erläuternden und dem rechtsändernden Widerruf kommt allerdings dann zum Ausdruck, wenn für den rechtsändernden Widerruf ein förmliches verwaltungsgerichtliches Verfahren vorgesehen ist. In solchen Fällen müßte die Klage auf erläuternden Widerruf als unerheblich abgewiesen werden.

Da sachliche Unzuständigkeit der den Akt erlassenden Behörde bei absoluter Unzuständigkeit Unwirksamkeit des Aktes nach sich zieht, versteht sich die Möglichkeit ausdrücklicher Zurücknahme solcher Akte von selbst. Die häufige ausdrückliche Hervorhebung dieses Widerrufsgrundes, so im § 43$^{I\,2}$ der badischen Verordnung vom 31. August 1884, im § 78$^{I\,1}$ AO. und in den §§ 142$^{I\,2}$, 143$^{1}$ der thüringischen LVO., bezieht sich vor allem auf die keinen Nichtigkeitsgrund bildende Unzuständigkeit nach Sachlage (sog. konkrete Unzuständigkeit) und verleiht in diesem Falle dem Widerrufe rechtsändernde Bedeutung.

Vornahme eines Verwaltungsaktes trotz sachlicher Unzuständigkeit der Behörde ist eine grobe Gesetzwidrigkeit. Einigen Gesetzen, so § 43$^{I\,2}$ der badischen Verordnung, §§ 142$^{I\,3}$, 143$^{2}$ der thüringischen LVO., § 126 des preußischen LVG., kann man darüber hinaus den Rechtsgrundsatz entnehmen, daß überhaupt Gesetzwidrigkeit der Vornahme des Verwaltungsakts einen Grund für dessen Zurücknehmbarkeit bildet[2]. So ist die Ernennung eines Zuchthäuslers zum Beamten, wie früher gezeigt (S. 167f.), nicht nichtig, aber auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung zurücknehmbar. Die Polizei gestattete einmal einen Hausbau in der Nähe einer Sprengstoffabrik, nahm aber später die Genehmigung zurück, das preußische OVG. bestätigte[3]. Den gegen die Entscheidung erhobenen Bedenken[4] zum Trotze hatte das OVG. recht. Denn der Bau eines Wohnhauses in der Nähe einer Pulverfabrik bringt solch große Gefahren mit sich, daß er nicht gestattet wer-

---

[1] PrOVG. 1. Nov. 06, Entsch. 49, 436ff.; Pr. Landeswasseramt 2. März 17, PrVerwBl. 38 (1917) S. 550f. Über hiermit zusammenhängende Fragen PrOVG. 17. Juni 13, Entsch. 64, 578ff.

[2] Z. B. PrOVG. 18. Jan. 16 u. 16. Apr. 29, PrVerwBl. 37 (1916) S. 679ff., Entsch. 84, 134ff.; HambVG. 28. Nov. 27, HansRGZ. A 1928 Sp. 299. Über die Einschränkung des Grundsatzes bei Verstößen nur formeller Art BadVGH. 11. Juni 18, BadVerwZ. 1919 S. 29ff.

[3] PrOVG. 25. Jan. 96, Entsch. 29, 390ff. Ähnlich PrOVG. 3. Jan. 29, RVerwBl. 50 (1929) S. 301; LVG. Schwerin 23. Nov. 28, MecklZ. 45 (1929) Sp. 470ff.

[4] Kormann System S. 389f., Schoen a. a. O. S. 140f.

den durfte; die Genehmigung war also gesetzwidrig und daher zurücknehmbar[1]. Hiernach müßte auch eine Doktorpromotion von der Fakultät oder dem vorgesetzten Minister zurückgenommen werden können, wenn der Promovierte z. B. nur fünf statt der vorgeschriebenen sechs Semester studiert hatte. Aber bei Fähigkeitsprüfungen müssen vernünftigerweise andere Grundsätze gelten als bei sonstigen Verwaltungsakten. Durch Bestehen der Prüfung hat der Promovierte bewiesen, daß er genügend studiert hat, so daß es ein Schildbürgerstreich wäre, ihm wegen des fehlenden Semesters die Doktorwürde zu entziehen.

Soweit Gesetzwidrigkeit Widerrufsgrund ist, kommt es nicht darauf an, ob sich die Behörde im Rechte oder in den Tatsachen geirrt hat. Auch wenn ihr die Zuchthausstrafe des zu Ernennenden oder das Bestehen der Sprengstoffabrik in der Nähe des Neubaues nicht bekannt war, sind die im Widerspruche damit vorgenommenen Verwaltungsakte gesetzwidrig. Eine besondere Bedeutung erlangt die Tatfrage erst im Rahmen des freien Ermessens. Wegen bloßen Irrtums in der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse kann die Behörde, soweit sie nach freiem Ermessen zu handeln hatte, den Akt nicht widerrufen[2]. Sie verwechselte den Beamtenanwärter z. B. mit einem andern, der schon Proben besonderer Tüchtigkeit abgelegt hatte; dies wäre kein Widerrufsgrund[3]. Erst die Erschleichung des Verwaltungsaktes berechtigt zum Widerrufe[4]. Erschleichung aber bedeutet Herbeiführung eines begünstigenden Verwaltungsaktes durch bewußt unwahres Vorbringen, darüber hinaus durch unlautere Mittel, wie Bestechung, überhaupt. Der Widerruf wegen Erschleichung ist das Gegenstück des Restitutionsurteils des Zivilprozesses (§ 580 ZPO.). Manche Gesetze gehen weiter und lassen den Widerruf schon bei bloßer objektiver Unrichtigkeit der Nachweise zu, auf Grund deren der Verwaltungsakt vorgenommen wurde, so § 53 GewO. (Unrichtigkeit der Nachweise), § $78^{I\,2}$ AO. und §§ $142^{I\,4}$, $143^{5}$ Thür. LVO. (unrichtige oder irreführende Angaben des Beteiligten). Würde sich also jemand mit einem falschen Titel bei einer Fakultät einführen und es durch Stiftungen erreichen, daß er zum Ehrendoktor promoviert wird, so würde die getäuschte Fakultät berechtigt sein, die Promotion zu widerrufen. Die Ungültigkeitserklärung einer Prüfung wegen „Mogelns" steht auf dem gleichen Blatte. Ebenso braucht man sich nicht den Kopf zu zerbrechen, wie man einen Beamten aus dem Amte disziplinarisch entfernen kann, in das er auf Grund gefälschter Zeugnisse berufen wurde. Denn wenn auch die dienstliche Strafbarkeit vor der Ernennung liegender Handlungen zu verneinen sein mag, so hat die Behörde es doch in der Hand, die Ernennung wegen Erschleichung zu widerrufen[5].

β) Der *Widerruf wegen nachträglich eintretender Umstände* ist der zweite Fall des Widerrufs nicht frei widerruflicher Verwaltungsakte.

---

[1] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 268 N. 3; siehe ferner unten S. 433.

[2] Verfehlt daher RG. III 23. Apr. 29, RGZ. 124, 192ff. (auch JW. 1929 S. 2332ff. mit Anm. von mir), wonach eine Behörde die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand auch nach Eintritt des Ruhestandsverhältnisses wegen Irrtums über die Treue des Beamten soll „anfechten" können, um ihn wieder der Dienststrafgewalt zu unterstellen. Gegen solche wunderlichen Gedankengänge, die übrigens bei den kraft Altersgrenze in den Ruhestand getretenen Beamten nichts ausrichten, vgl. das von ganz anderm öffentlichrechtlichen Geiste getragene Urteil des PrOVG., zufällig vom gleichen Tage, Entsch. 84, 445ff., ferner APPELIUS RVerwBl. 51 (1930) S. 606ff.

[3] Z. B. SächsOVG. 30. Nov. 27, Jahrb. 31, 191ff. (Bürgermeisterwahl). Vgl. auch RG. III 27. Jan. 28, RGZ. 120, 63ff. (keine „Anfechtung" einer Beamtenanstellung wegen versehentlicher Weglassung der Widerrufsklausel).

[4] So ausdrücklich § $43^{I\,2}$ der bad. VO. v. 31. Aug. 84. Vgl. auch KG. 22. Dez. 26, KGJ. Erg. 6, 30ff. In diesen Zusammenhang gehört auch die Anfechtbarkeit einer Wahl wegen unzulässiger Wahlbeeinflussung: württ. GemO. v. 19. März 30 Art. $53^{II}$.

[5] PrDiszHNichtrichtB. 28. Juni 26, DJZ. 1926 Sp. 1784f. — RG. III 3. Jan. 14, RGZ. 83, 429ff., sucht in einem solchen Falle unnötigerweise Anschluß an das BGB., ähnlich RG. III 20. Mai 30, Gruch. 71 (1931) S. 603f.

Der nachträgliche Umstand kann die Einwilligung des Beteiligten sein. Nicht alle, aber doch viele Verwaltungsakte können auf diese Weise rückgängig gemacht werden, namentlich Erlaubniserteilungen auf dem Gebiete des Polizeirechts.

Der nachträgliche Umstand kann vor allem die Nichterfüllung der mit dem begünstigenden Verwaltungsakte verbundenen Auflagen sein[1]. Wird also z. B. die Genehmigung zur Aufstellung einer Reklametafel erteilt mit der Auflage, die Farben neu zu tönen, sobald sie durch die Witterung häßlich geworden sind, und kommt der Erlaubnisempfänger dieser Pflicht nicht nach, so kann die Behörde widerrufen, auch wenn die Genehmigung im allgemeinen unwiderruflich sein sollte.

Darüber hinaus jeden Verwaltungsakt als unter der clausula rebus sic stantibus ergangen zu betrachten, schreibt für steuerliche Anerkennungen, Genehmigungen, Bewilligungen und Erlaubniserteilungen § $78^{I\,2}$ AO., für alle Verwaltungsakte dieser Art § $143^{4}$ der thür. LVO. vor, hier allerdings verbunden mit einer Entschädigungspflicht des Staates (§ $144^{II}$). Schon diese Maßgabe deutet darauf hin, daß der Widerrufsgrund in seiner Allgemeinheit aus dem üblichen Rahmen fällt und daher nicht allgemein geltendes Recht darstellt[2]. In beschränktem Sinne erkennt § $53^{II}$ GewO. die Klausel an, da er Zurücknahme der Gewerbegenehmigungen zuläßt, „wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche bei der Erteilung der Genehmigung oder Bestallung nach der Vorschrift dieses Gesetzes vorausgesetzt werden mußten, klar erhellt“. Bei näherem Zusehen paßt aber die Vorschrift nicht recht hierher, sie enthält vielmehr einen eigenartigen Fall des Widerrufs wegen Gesetzwidrigkeit, da die Erlaubnis dem Inhaber bei Kenntnis seiner schlechten Eigenschaften gar nicht hätte erteilt werden dürfen. Eher unter die Klausel fallen Vorschriften wie die des § 36 des sächsischen Jagdgesetzes vom 1. Juli 1925, wonach die Jagdkarte zu entziehen ist, wenn bei einer mit Jagdkarte versehenen Person später ein Grund eintritt, aus dem die Ausstellung der Karte zu versagen gewesen wäre. Doch auch diese Vorschrift enthält keinen allgemein gültigen Rechtssatz.

c) Der Widerruf von Verwaltungsakten nach der thüringischen Landesverwaltungsordnung vom 10. Juni 1926. Während bis vor kurzem § 43 der badischen Verordnung vom 31. August 1884 die umfassendste Regelung des Widerrufsrechtes enthielt und daneben § 53 GewO. und § 126 des preußischen LVG. wichtig waren, hat im Jahre 1919 § 78 der AO. die Frage neu zu regeln unternommen. Auf der AO. und sonstigen Vorläufern fußend, hat dann die thüringische LVO. vom 10. Juni 1926 so umfassend, wie kein Gesetz vor ihr, die Widerrufslehre gesetzlich geordnet. Die Tragweite und die Güte dieser Neuordnung lassen sich heute noch schwer übersehen. Doch sind die thüringischen Bestimmungen schon als Versuch einer Kodifikation der Widerrufsgründe so lehrreich, daß sie eine besondere Darstellung verdienen[3].

Sitz der Vorschriften sind die §§ 141ff. Zunächst bekennt sich das Gesetz zur Regel der grundsätzlichen Zurücknehmbarkeit und Abänderbarkeit einer Verfügung (§ 141). Die Regel gilt aber, wie die folgenden Paragraphen zeigen, nur für Zurücknahmen und Abänderungen, die den davon Betroffenen nicht benachteiligen. Denn nach § $142^{I}$ kann

„zuungunsten des Beteiligten . . . eine Verfügung ohne seine Zustimmung nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohles zurückgenommen oder geändert werden, es sei denn,

1. daß und insoweit in ihr ein gesetzlich nicht ausgeschlossener Widerruf vorbehalten worden ist,

---

[1] Kormann System S. 403ff. nennt dies den Fall des „Widerrufs kraft Verwirkung“.

[2] Richtig HambOVG. 12. Juni 29, HansRGZ. A 1930 Sp. 156f.

[3] Vgl. für polizeiliche Erlaubnisse und Bescheinigungen in Preußen jetzt auch PolG. 1931 §§ 42, $70^{II}$.

2. daß sie von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen worden ist,
3. daß sie dem zur Zeit ihres Erlasses geltenden Rechte widerspricht,
4. daß das Vorhandensein der für die Verfügung maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse auf Grund unrichtiger oder irreführender Angaben des Beteiligten irrig angenommen worden ist,
5. daß sie durch unlautere Mittel veranlaßt worden ist oder
6. daß die Gesetze sonstige Gründe für die Zurücknahme oder Änderung zulassen."

§ 142$^{\text{II}}$ enthält dann die uns bereits bekannte Bestimmung, daß eine antragsbedürftige Verfügung nach Zurückweisung des Antrags nur auf erneuten Antrag ergehen darf. Nicht in den Rahmen paßt Absatz 3, wonach eine Verfügung, durch die ein Zwangsmittel festgesetzt worden ist, nur zugunsten des Betroffenen zurückgenommen oder geändert werden kann. Denn es ist schwer zu glauben, daß dies Verbot auch für eine sachlich unzuständig erlassene oder eine durch Bestechung milde ausgefallene Zwangsstrafe Geltung haben soll. Die AO., aus der die Vorschrift stammt, vermeidet den Fehler, da sie die Bestimmung in einem besonderen Paragraphen (§ 77) aufgenommen hat und nicht als Anhang etwa zu § 78.

Der nun folgende § 143 regelt, allerdings vielfach mit den gleichen Worten, den Sonderfall, daß durch eine Verfügung „eine Erlaubnis, Genehmigung, Bewilligung oder Anerkennung ausgesprochen worden ist, die dem Beteiligten eine Befugnis oder eine Vergünstigung gewährt oder ihn von einer Pflicht befreit". Der soeben besprochene § 142 bezieht sich also nur auf belastende Akte und solche begünstigenden Akte, die nicht in Erlaubniserteilungen, Genehmigungen, Bewilligungen oder Anerkennungen der im § 143 genannten Art bestehen. Eine Verfügung der im § 143 genannten Art

„kann, soweit in ihr nicht ein gesetzlich nicht ausgeschlossener Widerruf vorbehalten worden ist, zuungunsten des Beteiligten ohne seine Zustimmung nur zurückgenommen oder geändert werden,
1. wenn sie von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen worden ist,
2. wenn sie dem zur Zeit ihres Erlasses geltenden Rechte widerspricht,
3. wenn und soweit im Falle der Änderung des zur Zeit ihres Erlasses geltenden Rechts von der Erlaubnis usw. noch kein Gebrauch gemacht worden ist und Tatsachen vorliegen, die nach dem neuen Rechte ihre Versagung rechtfertigen würden,
4. wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, die für die Verfügung maßgebend waren,
5. wenn das Vorhandensein der für die Verfügung maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse auf Grund unrichtiger oder irreführender Angaben des Beteiligten irrig angenommen worden ist,
6. wenn sie durch unlautere Mittel veranlaßt worden ist,
7. wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügung erlassen worden ist, die ihm darin bei Gewährung der Erlaubnis usw. auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt oder
8. wenn einer Behörde ohne ihr Verschulden Tatsachen erst nachträglich bekannt werden, die zur Versagung der von ihr erteilten Erlaubnis usw. berechtigt hätten, und polizeilich zu schützende Interessen gefährdet sind,

und wenn in den Fällen der Ziffern 3 und 4 zugleich die Zurücknahme oder die Änderung zur Verhütung oder Beseitigung von überwiegenden Nachteilen oder Gefahren für das gemeine Wohl notwendig ist. Unberührt bleiben die gesetzlichen Vorschriften, die die Möglichkeit der Zurücknahme oder der Änderung weiter beschränken."

Wieder der AO. § 78$^{\text{II}}$ entnommen ist die Bestimmung des § 144$^{\text{I}}$, wonach „die Verfügung auch mit rückwirkender Kraft zurückgenommen oder geändert werden" kann, wenn „in den Fällen des § 142 Abs. I Ziffer 5 und des § 143 Ziffer 6 derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügung erlassen worden ist, die Anwendung des unlauteren Mittels gekannt" hat. Dagegen enthält § 144$^{\text{II}}$ einen neuartigen Gedanken:

„Soweit nicht gesetzliche Vorschriften in weiterem Umfang Schadenersatz zubilligen, ist in den Fällen des § 143 Ziffer 1, 2 und 4

— also bei Zurücknahme oder Änderung wegen sachlicher Unzuständigkeit, Gesetzwidrigkeit oder Änderung der tatsächlichen Verhältnisse —

dem Betroffenen für den ihm durch die Zurücknahme oder Änderung entstehenden Schaden im Rahmen der Billigkeit Ersatz zu leisten. Wegen der Entschädigung steht der Rechtsweg offen."

Offenbar soll das Vertrauen des Beteiligten auf die Rechtsbeständigkeit der Verfügung geschützt werden, die Entschädigungspflicht, so muß man auslegen, tritt also nicht ein, wenn der Beteiligte den Ungültigkeitsgrund des § $143^{1, 2}$ kannte; auch auf dem Wege über die Billigkeit kommt man zum gleichen Ergebnis.

§ 145 enthält noch Vorschriften über die von einem Beteiligten ausgehende Anregung zur Rücknahme einer für ihn unanfechtbar gewordenen Verfügung, für die ein Widerrufsgrund vorliegt. Nach § 146 unterliegen rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsgerichte in Rechtsstreitigkeiten nur der Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Bestimmungen der ZPO.

Es wäre eine dankbare Aufgabe, den soeben besprochenen Abschnitt der thüringischen LVO. einer rechtsvergleichenden systematischen Einzeluntersuchung zu unterziehen[1].

d) Am Schlusse sind noch der Geltendmachung des Widerrufs einige Worte zu widmen.

Über die Form des Widerrufs enthalten die Gesetze fast keine Bestimmung, doch muß man als Regel annehmen, daß für den Widerruf die gleichen Formvorschriften gelten wie für den zu widerrufenden Akt. Die preußische Gesetzgebung allerdings erschwert in einigen Fällen den Widerruf dadurch, daß sie Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage auf Rücknahme des Verwaltungsaktes verlangt, so bei den wichtigeren Gewerbegenehmigungen[2] nach §§ 119, 120 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 und bei endgültigen machtüberschreitenden oder sonstwie rechtswidrigen Beschlüssen des Provinzialrats, des Bezirksausschusses und des Kreis-(Stadt-)ausschusses nach § 126 LVG.

Auch die Frage der Rückwirkung und Nichtrückwirkung des Widerrufs regeln die Gesetze nur selten. Natürlicher Anschauung entspricht es, daß der Widerruf nur für die Zukunft gilt[3], sofern er nicht etwa einen unwirksamen Akt betrifft. Wie der Abgeordnete trotz Fehlerhaftigkeit seiner Wahl erst mit deren Ungültigkeitserklärung den Abgeordnetensitz verliert, ohne damit aufzuhören, Abgeordneter gewesen zu sein, also z. B. ohne Verlust der erdienten, aber noch nicht ausgezahlten Tagegelder, so macht auch die Zurücknahme einer gesetzwidrigen Verleihung der juristischen Persönlichkeit die inzwischen vorgenommenen Rechtsgeschäfte der juristischen Person nicht unwirksam. Nach einer Entscheidung des Großen Senats des Reichsfinanzhofs vom 15. Dezember 1924 wirkt auch die Aufhebung eines Verbotes, sich als Steuerberater zu betätigen, nicht zurück, beseitigt also nicht die inzwischen eingetretenen Ungehorsamsfolgen[4]. Nur bei erschlichenen oder sonstwie durch unlautere Mittel erwirkten Verwaltungsakten verlangt man, daß sich der durch die Zurücknahme ins Unrecht gesetzte Beteiligte nicht auf die Gültigkeit des Aktes soll berufen können. Jemand erschleicht seine Anstellung im Kommunaldienst, später wird die Anstellung als erschlichen „für nichtig erklärt". Damit kommt zum Ausdruck, daß die Anstellung mit rückwirkender Kraft beseitigt werden sollte, und kein Richter würde in diesem Falle einer Klage auf Auszahlung rückständigen Gehaltes stattgeben. Der von OTTO MAYER stammende glückliche Vergleich mit der exceptio doli spielt hier herein[5]. § $78^{II}$ AO.

---

[1] Vgl. vorerst den Versuch von KREBS, Kodifizierung des Widerrufsrechts i. d. LVO., Jen. Diss. 1930.

[2] Nicht z. B. in den Fällen des § 36 GewO.: PrOVG. 3. März 27, Entsch. 81, 399ff.

[3] Vgl. PrOVG. 25. Juni 29, Entsch. 84, 145ff. (Anerkennung eines Unternehmens als künstlerisch hochstehend).

[4] Samml. 15, 180ff. Dagegen BÜHLER Lehrb. d. Steuerrechts I 1927 S. VII, 345ff. Die Entscheidung befindet sich aber im Einklang mit der herrschenden Handhabung der Ungehorsamstrafe der ZPO.: STEIN-JONAS ZPO. $II^{14}$ 1928 S. 464 (§ 717 II 4) u. 901 (§ 890 III 3); RG. IV. ZivSen. 29. März 20, SeuffArch. 75, 311f. Ebenso BAUK in JW. 1928 S. 949f.; JAHN DSteuerBl. 13 (1930) Sp. 583ff.

[5] OTTO MAYER I S. 256.

und § 144[1] thür. LVO., die in solchen Fällen Rückwirkung ausdrücklich zulassen, sprechen einen allgemeingültigen Grundsatz aus.

Seltsamerweise findet sich nirgends eine zeitliche Begrenzung der Widerrufsbefugnis[1]. Die Verwaltungsbehörde, die die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat, z. B. nachträglich erfährt, daß der zum Beamten Ernannte vor der Ernennung falsche Zeugnisse vorgelegt hat, kann ihn noch Jahre lang im Dienste lassen und dann bei einer ihr passenden Gelegenheit auf die Straße setzen[2]. Diese Lösung befriedigt aber nicht. Soweit irgend möglich, muß hier der stillschweigende Verwaltungsakt (oben S. 270f.) herhalten. Die Behörde kann einen erschlichenen Akt ausdrücklich bestätigen und begibt sich dadurch der Widerrufsbefugnis. Sie kann ihn aber auch stillschweigend bestätigen, so daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn sie auf die längst verziehene Fehlerhaftigkeit zurückgreifen wollte. In der Rechtsprechung hat man es sogar als gegen Treu und Glauben verstoßend bezeichnet, wenn die Behörde einmal in den Akten nachprüft, ob die bisher immer als Realwirtschaft behandelte Gastwirtschaft wirklich eine solche ist[3]. Das gleiche muß von einem Widerruf gelten, den die Behörde unverhältnismäßig lange nach dem Zeitpunkt verfügt, in dem sie ihn erstmals hätte aussprechen können[4].

## § 12. Schutz gegen Übergriffe der Verwaltung.

Otto Mayer I S. 122ff.; Fleiner S. 228ff.; Schoen S. 288ff.; Hatschek S. 415ff.; Loening S. 794ff.; G. Meyer-Dochow S. 66; Herrnritt S. 454ff.; Merkl S. 363ff.; Kormann in AnnDR. 1912 S. 206ff.; Stier-Somlo Art. „Beschlußverfahren" und „Beschwerde" im WStVR I. — Vgl. ferner die im § 13 genannten Schriften.

W. Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VStaatsRL. 2 (1925) S. 8ff.; Lassar ebenda S. 81ff.; Friedrichs AnnDR. 1923/25 S. 72ff.; Schmölders PrVerwBl. 49 (1927/28) S. 1ff.; v. Nostiz JahrbSächsOVG. 31 (1928) S. 326ff.; Apelt Der Instanzenzug der Verwaltung in Reich und Ländern 1929; Köhler Rechtsmittel in Verwaltungssachen 1929 (Sachsen); Benkard Der Rechtsschutz in der Reichsgesetzgebung seit 1919 (1930). — Über die Ausschließung berufsmäßiger Parteivertreter im Verwaltungsverfahren Heyland VerwArch. 34 (1929) S. 476ff. — P. Dareste Les voies de recours contre les actes de la puissance publique 1914; O. Ranelletti Lezioni di diritto amministrativo (Le guarantigie della legalità nella pubblica amministrazione) I², II, III, 1923/25; E. Buchholz Der Verwaltungsrechtsschutz in Sowjetrußland, Heid. Diss. 1931.

Jolas Juristen und Techniker in der öffentlichen Verwaltung, BlAdmPr. 69 (1919) S. 41ff.; Chr. Eckert Der Eintritt der erfahrungswissenschaftlichen Intelligenz in die Verwaltung 1919 (dazu Graf Hue de Grais PrVerwBl. 40, 1919, S. 513ff.). — Stier-Somlo Die Ausbildung der höheren Verwaltungsbeamten 1906; derselbe Art. „Verwaltungsbeamte, Ausbildung" im HWBRW. VI 1929; Friedr. von Schwerin Die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst 1908; Wandersleb desgl. 1927. — Graessner Die Vorbildung der Richter und höheren Verwaltungsbeamten, PrVerwBl. 47 (1926) S. 1ff.; Brossok desgl., ebenda S. 285ff.; v. Batocki, W. F. Bruck u. a. Staatsreferendar und Staatsassessor 1927; Sattelmacher Das juristische Studium, der Vorbereitungsdienst der Referendare und die juristischen Prüfungen in den deutschen Ländern, JW. 1928 S. 10ff.; weitere Übersichten S. 19ff.; Norden Zur Ausbildungsfrage der höheren Verwaltungsbeamten, ZStaatsW. 86 (1929) S. 107ff.; Drews Verwaltungsreform und Berufsbildung der Volkswirte. Verwaltungsassessor oder Wirtschaftsassessor? 1930. — Über die früheren preußischen Regierungsreferendare Meister RVerwBl. 50 (1929) S. 328ff.; Scheerbarth RVerwBl. 51 (1930) S. 736f. Über die Vorbildung der badischen Verwaltungsbeamten Buch in der BadVerwZ. 1916 S. 113ff., 1917 S. 1ff.; Hebting ebenda 1916 S. 141ff. Vgl. ferner Gerland Zur Fortbildung der Polizeibeamtenschaft, JW. 1925 S. 2723ff.; Roemer Die Ausbildung der Polizeibeamten in Württemberg, WüRV. 23 (1930) S. 18ff.

Zum Wesen des Rechts gehört, daß es gilt. Die Lehren von den Rechtsquellen, Rechtsverhältnissen und Tatbeständen ständen auf dem Papiere, wenn es nicht Einrichtungen gäbe, um die Vorschriften der Gesetze zur Geltung zu bringen.

[1] Auch § 79[1] thür. StBG. v. 14. März 23/13. Dez. 30 gilt nur für die Verjährung von Dienstvergehen.

[2] Vgl. den Fall in La Giustizia amministrativa 1922 S. 158ff. (Ital. Staatsrat 7. Apr. 22, dazu Anmerkung von de Valles).

[3] BadVGH. 12. Nov. 06, BadVerwZ. 1907 S. 210.

[4] Im Ergebnis ebenso Heinemann RVerwBl. 51 (1930) S. 670 (Verwirkung).

Da im Verhältnis zwischen einzelnem und Staat offenbar der erste der schwächere Teil ist, ist vor allem darzutun, durch welche Mittel und Wege ihn das Gesetz vor Übergriffen der Verwaltung schützt. Dabei wird es die wichtigste Erscheinungsform des Rechtsschutzes sein, daß sich der einzelne der Verwaltung gegenüber seiner Haut wehrt. Aber der Rechtsschutz beschränkt sich nicht auf den Konfliktsfall. Der heutige Staat ist zu sehr vom Werte des Rechts überzeugt, als daß er sich nicht bemühte, den einzelnen auch ohne dessen Zutun vor Rechtswidrigkeiten zu bewahren.

### I. Schutz durch Behördenordnung und Verfahren.

Ein wirksamer Rechtsschutz kann schon in der Behördenordnung und im Verfahren liegen.

Die in neuerer Zeit vielfach aufgeworfene Frage: Techniker oder Jurist? erhält im Rahmen des Rechtsschutzes ihre besondere Bedeutung. So sicher der Techniker auf dem Gebiete des Städtebauwesens und der Verwaltung von Betrieben dem Juristen überlegen ist, so sicher kommt die Verwaltung im Verkehr mit dem Bürger ohne ein Mindestmaß juristischer Kenntnisse nicht aus. Daher ist eine Reihe von Stellen innerhalb der Verwaltung juristisch ausgebildeten Beamten vorbehalten. In den meisten deutschen Ländern wird diese Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst durch Ablegung der beiden juristischen Staatsprüfungen erworben. Nur die Gesetzgebung Preußens, Sachsens, Württembergs und Anhalts[1] kennt neben der auch hier gemeinsamen ersten juristischen Staatsprüfung eine besondere zweite Prüfung für die Erlangung der Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst. Doch sind diese Bestimmungen jedenfalls in Preußen zur Zeit totes Recht. Die Minister der Finanzen und des Innern sind nämlich ermächtigt, auch Gerichtsassessoren als befähigt zum höheren Verwaltungsdienste zu erklären (pr. G. vom 10. August 1906 § 13), und dies ist der gegenwärtig einzige Weg zur Erlangung der Befähigung. Doch besteht in der Verwaltung, anders als in der Justiz, kein unbedingtes Assessorenmonopol. In Preußen sind im wesentlichen nur die Stellen der Abteilungsdirigenten und der Mitglieder einer Regierung und die dem Oberpräsidenten und dem Regierungspräsidenten zugeordneten höheren Verwaltungsbeamten mit Ausnahme der Justitiare und der technischen Beamten den Regierungsassessoren vorbehalten (§ 10). Landräte also, Regierungs-, Oberpräsidenten, vor allem die höheren Beamten der Gemeinden, Kreise, Provinzen brauchen weder Gerichts-, noch Regierungsassessoren zu sein. Ja, seit 1920 können die Minister der Finanzen und des Innern von dem Erfordernis einer Prüfung überhaupt absehen und bewährte Praktiker zu Regierungsassessoren ernennen, so daß nicht einmal die wenigen ausdrücklich genannten Stellen notwendig dem studierten Juristen vorbehalten sind. Die Frage lautet dann weniger: Techniker oder Jurist? als: Politiker oder Jurist? Die Verwaltung als die in allen Stufen der Behördenordnung einheitlich handelnde Staatsgewalt hat das Bestreben nach einer politischen Gleichförmigkeit des Beamtentums, um die Anordnungen von oben nicht durch Lässigkeit oder Widerstände der unteren Stellen durchkreuzt sehen zu müssen. Aber auch diesem Bestreben sind Grenzen gesetzt, da die heutige Verwaltung viel zu schwierig ist, als daß man des Juristen entbehren könnte, der ausgebildete Jurist aber, selbst wenn er gleichzeitig als politischer Beamter auf seinen Posten berufen wurde, in Rechtsfragen Hemmungen empfinden wird, die Politik vor das Recht zu stellen. Der Gefahr einer parteipolitischen Verwaltung dem einzelnen gegenüber begegnet außerdem das für einige Behörden vorgesehene kollegiale System, da sich erfahrungsgemäß in einer mehrköpfigen Behörde eine einheitliche politische

[1] Pr. G. v. 10. Aug. 06/8. Juli 20, sächs. VO. v. 22. Dez. 02, württ. VO. v. 7. Dez. 03, anh. VO. v. 27. Dez. 99.

Richtung weniger leicht durchsetzen läßt als in einer von einem einzigen Beamten geleiteten. Namentlich können hier Ehrenbeamtentum und sonstige Zuziehung von Laien der einseitig politisierenden Handhabung staatlicher Machtmittel entgegenwirken[1].

Außer der Behördenordnung kann das Verfahren mit Einschluß der Formvorschriften eine Rechtsschutzeinrichtung bilden. Das preußische Recht kennt für wichtige Angelegenheiten ein besonderes, dem Verwaltungsstreitverfahren angenähertes Beschlußverfahren vor dem Kreis-(Stadt-)ausschuß, dem Bezirksausschuß und dem Provinzialrat (LVG. §§ 54, 115ff.). Auch die AO. spricht von einem „Beschlußverfahren" vor dem Reichsfinanzhof (§ 284), ebenso enthält die RVO. einen Unterabschnitt über das Beschlußverfahren im Gegensatze zum verwaltungsgerichtlichen Spruchverfahren (§§ 1780ff.). Wichtiger als solche Sonderregelungen ist die Selbstverständlichkeit, mit der sich gewisse Form- und Verfahrensvorschriften in der Rechtsprechung auch für das gewöhnliche Verwaltungsverfahren entwickelt haben. Namentlich das preußische OVG. hat hier im Rechtsschutzinteresse bahnbrechend gewirkt. So gilt auch für einfache Polizeiverfügungen der Begründungszwang. „Polizeiliche Verfügungen sind ... nach ihrer rechtlichen und tatsächlichen Seite hin so zu begründen, daß dem Betroffenen die Möglichkeit gewährt wird, die Verfügung in ihren Grundlagen durch das ihm zustehende Rechtsmittel anzugreifen"[2]. Auch die Pflicht des befangenen Beamten zur Amtsenthaltung ist für das OVG. eine der besonderen gesetzlichen Regelung nicht bedürftige Selbstverständlichkeit. So sperrte einmal ein Apotheker einen Fußpfad mit einem Stacheldraht. Der Bürgermeister, mit dem der Apotheker wegen des Drahtes in einen Privatrechtsstreit verwickelt war, ordnete Beseitigung des Drahtes an. Das OVG. hob wegen persönlicher Beteiligung des Bürgermeisters auf, denn nicht er, „sondern der für den Fall seiner persönlichen Beteiligung berufene Stellvertreter mußte die erforderlichen Maßnahmen treffen"[3]. Ein weiterer Verfahrensgrundsatz ist die Notwendigkeit des rechtlichen Gehörs. Die Verwaltungsbehörde darf, außer bei Gefahr im Verzuge, keinen belastenden Verwaltungsakt erlassen, ohne dem Betroffenen vorher Gelegenheit zur Äußerung gegeben zu haben. Die Polizei will z. B. zwecks Reinigung eines Wasserlaufes einem Triebwerksbesitzer die Stauung des Wassers verbieten; das darf sie nicht ohne weiteres tun, muß vielmehr den Besitzer mit seinen Einwendungen hören, ob ihm nicht ein anderer Tag oder eine andere Stunde besser paßt als die geplanten[4]. Auch das grundsätzliche Verbot der Stellvertretung im Amte gehört in den Rahmen der dem Rechtsschutz dienenden Vorschriften. Die Gesetze sehen vielfach Stellvertretungen für Behinderungsfälle ausdrücklich vor, hier ist die Handlung des Stellvertreters, z. B. des dem Landrat beigegebenen Regierungsassessors, gültig, sofern der Verhinderungsfall pflichtmäßig angenommen werden konnte[5]. Aber außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fälle sind Stellvertretungen im Amte oder, was große Ähnlichkeit hiermit hat, Weiterübertragungen der Amtsgewalt unzulässig[6]. Denn wenn das Gesetz ein Stück Amtsgewalt einem bestimmten Beamten anvertraut, will es vermutlich, daß nicht ein organisatorisch weniger wertvoller Beamter die

---

[1] Vgl. über diese Fragen oben S. 61f.

[2] PrOVG. 21. Dez. 10, Entsch. 58, 407f. Vgl. jetzt auch PolG. 1931 § 44[II]. Über die Regelung in anderen Ländern: Gesetz, Gesetzesanwendung S. 233f.; ferner SächsOVG. 7. März 28, Jahrb. 31, 284ff. Vgl. auch oben S. 270 N. 2 (Hamburg).

[3] PrOVG. 1. Okt. 00, Entsch. 38, 226. Vgl. auch PrOVG. 7. Mai 23, 14. Juni 28, Entsch. 78, 381ff. u. 84, 306ff.

[4] PrOVG. 27. Mai 07, Entsch. 51, 284ff.

[5] PrOVG. 5. März 12 u. 28. Febr. 29, Entsch. 61, 450ff. u. 84, 464ff.; RG. IV 10. Nov. 22, RGSt. 57, 143f. — Über solche Stellvertretungsfragen v. Lympius im PrVerwBl. 48 (1927) S. 8, 251.

[6] Vgl. z. B. RG. I 6. März 23, RGSt. 57, 269f.; PrOVG. 19. Sept. 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 176f.; OldOLG. 21. Sept. 28, OldZ. 56 (1929) S. 196ff.

Amtsgewalt ausübt, und dieser Wille kommt auch dem Rechtsschutze zugute. So ist das Recht in der Hand des Landrats im allgemeinen sicher besser aufgehoben als in der des Kreissekretärs, genau wie beim Militär der noch so strenge Hauptmann ein besserer Disziplinarvorgesetzter ist als der Feldwebel.

Aber all diese in der Behördenordnung und im Verfahren liegenden Schutzmaßnahmen können behördliche Übergriffe nicht hindern. Für die Verwaltung besteht eine zu große Verlockung, das öffentliche Interesse gesetzwidrig über das des einzelnen zu stellen. Der Finanzbeamte handelt leicht „fiskalisch", der Dienstvorgesetzte befiehlt oft mehr als er von seinem Untergebenen verlangen darf, die Polizeibehörde erklärt aus grundsätzlicher Abneigung gegen das Reklamewesen unter rücksichtsloser Mißachtung des Rechts große Teile ihres Bezirks für eine „landschaftlich hervorragend schöne Gegend"[1], oder die zuständige Regierungsabteilung versteigt sich zu der Behauptung, die Bezeichnung „Private Handelsschule" errege in der Bevölkerung die Vorstellung einer staatlichen Handelsschule und sei daher für einen privaten Schulbetrieb unzulässig. Solche Fälle des täglichen Lebens beweisen, daß weitere Gewährleistungen des Rechts dringend nottun.

## II. Einschreiten der höheren Behörde.

Während in der Justiz das höhere Gericht gegenüber dem unteren keinerlei Befehlsbefugnisse hat und grundsätzlich nur auf ein Rechtsmittel hin, nicht von Amts wegen, ein Urteil, einen Beschluß, eine Verfügung des unteren Gerichts beseitigen oder ändern kann, besteht in der Verwaltung meist ein strenges Abhängigkeitsverhältnis zwischen vorgesetzten und nachgeordneten Behörden, kraft dessen die vorgesetzte Behörde auch von Amts wegen einzugreifen befugt ist. § $50^{III}$ des preußischen LVG. gibt eine allgemeine Regel wieder, wenn er bestimmt: „Unberührt bleibt in allen Fällen die Befugnis der staatlichen Aufsichtsbehörden, innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit Verfügungen und Anordnungen der nachgeordneten Behörden außer Kraft zu setzen, oder diese Behörden mit Anweisungen zu versehen." Wie aber § $13^{II}$ AO., der diese Vorschrift für das Steuerrecht übernimmt, mit Recht einschaltet, können „Verfügungen ... nur dann außer Kraft gesetzt werden, wenn sie von den nachgeordneten Behörden zurückgenommen werden könnten"; eine neue Eingriffsmöglichkeit soll durch die den Behörden anvertraute Dienstaufsicht nicht geschaffen werden, auch steht es ihnen nicht frei, eine zur Zuständigkeit einer nachgeordneten Stelle gehörige Angelegenheit in vollem Umfange an sich zu ziehen[2]. § $1^{IV}$ des hamburgischen Verwaltungsaufbaugesetzes vom 19. November 1926, der dies vorsieht[3], bildet eine Ausnahme.

Der Weg, auf dem die vorgesetzte Behörde Kenntnis von der zu beanstandenden Tätigkeit der nachgeordneten Behörde erhält, ist vielfach eine Pressenachricht. Daher ist es eine ganz falsche Vorstellung, wenn die Bevölkerung glaubt, der Verwaltungsbeamte verletze immer seine Dienstpflicht, wenn er während der Dienststunden Zeitungen liest. Die Presse erhebt z. B. einmal großes Geschrei über das Verbot eines angeblich unsittlichen Theaterstücks. Der Regierungspräsident läßt den Artikel ausschneiden und schickt ihn dem zuständigen Polizeipräsidenten zum Bericht; nach Eingang des Berichts macht sich der Regierungspräsident schlüssig, ob er das Theaterverbot aufheben will oder nicht.

## III. Formlose Beschwerde und Gegenvorstellung.

Die Anregung zum Einschreiten kann auch von irgendeinem Beteiligten ausgehen, namentlich von dem, der sich beschwert fühlt. Im eben genannten Beispiele

---

[1] Vgl. KG. 2. März 11 u. 23. Sept. 12, KGJ. 41, 439ff. u. 43, 444ff.

[2] PrOVG. 3. Apr. 30, RVerwBl. 51 (1930) S. 548f.

[3] Ähnlich, aber eingeschränkt, thür. LVO. § $27^{II}$; dazu HEIDRICH ThürRdsch. 8 (1931) S. 365f.

wäre dies der Inhaber des Theaters, aber auch der bloß in seinen Interessen Berührte, wie der Zuschauer, kann sich beschwerdeführend an den Regierungspräsidenten wenden. Da diese Art von Beschwerde an keine Voraussetzungen der Zeit oder der Person gebunden ist, nennt man sie formlose Beschwerde, auch Verwaltungsbeschwerde, Aufsichtsbeschwerde oder besser Dienstaufsichtsbeschwerde. Der Regierungspräsident kann sie einfach zu den Akten legen lassen. Bei einiger Erheblichkeit des Vorbringens kann er dem Beschwerdeführer auch antworten, doch ohne hierzu verpflichtet zu sein[1]. Wendet sich der mit der Verfügung nicht Zufriedene statt an die vorgesetzte Behörde an die Behörde, von der die Verfügung ausging, mit der Bitte um Zurücknahme oder Änderung der Verfügung, so spricht man von Gegenvorstellung[2]. Auch hier hängt es von dem Ermessen der Behörde ab, ob sie auf die Anregung eingehen will oder nicht. Vielfach wird Gegenvorstellung und formlose Beschwerde nur ein Laufen von Pontius zu Pilatus sein. Trotzdem darf man die Rechtsbehelfe nicht unterschätzen, da sie in eine Beschwerde an den Minister ausmünden können, der sich darüber klar sein wird, daß ihm die Beschwerde bei Ablehnung als „kleine Anfrage" im Landtag oder Reichstag wieder zu Gesicht kommen kann. Denn die Eingabe an den Landtag oder Reichstag ist ein weiterer Rechtsbehelf, der den Beteiligten zur Verfügung steht (RV. Art. 126).

### IV. Selbsthilfe: Ungehorsam und Widerstand gegen die Staatsgewalt.

Im Privatrecht ist die Selbsthilfe ein Rechtsschutzmittel sowohl in der Form des Angriffs als auch in der der Verteidigung. Es ist klar, daß der Angriff im Verhältnis zwischen einzelnem und Staat nicht in Frage kommt. Der Staat ist nie „fluchtverdächtig" (BGB. § 229). Vor allem ist der Staat mit seinen Machtmitteln auch der stärkere und für den Regelfall in der Lage, jeden Angriff zurückzuschlagen. Würde z. B. jemand seine bei einer Behörde aufbewahrten Papiere gewaltsam an sich nehmen, so würde er sich des strafbaren Bruches amtlichen Gewahrsams und vielleicht auch der strafbaren Beamtennötigung (§§ 133, 114 StGB.) schuldig machen, selbst wenn ihm ein Recht auf Aushändigung der Papiere zustände. Die Selbsthilfe des einzelnen gegen den Staat kann vielmehr, abgesehen vielleicht von der Behördenbeleidigung[3], nur als Verteidigung vorkommen, einem ungesetzlichen Befehle gegenüber als Ungehorsam und einem körperlichen Vorgehen gegenüber als Widerstand gegen die Staatsgewalt. Die weitere Möglichkeit einer Verteidigung durch Flucht bietet nichts rechtlich Belangreiches. Zu vollwertigen Rechtsschutzeinrichtungen aber werden jene beiden Verteidigungsformen dadurch, daß über ihre Zulässigkeit nachträglich die Gerichte entscheiden.

**1.** Der **Ungehorsam** ist die typische Form der Selbsthilfe gegen ungültige Polizeiverordnungen. Da es, von seltenen Ausnahmen abgesehen, noch keine gerichtliche Anfechtung von Polizeiverordnungen gibt, ist er, neben der Aufforderung zum Ungehorsam, die einzige Möglichkeit, ein Gericht zur Prüfung der Gültigkeit einer Polizeiverordnung zu veranlassen, es sei denn, daß die Polizeibehörde auf Grund der Verordnung eine Verfügung erläßt und auf diese Weise den Weg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Eine Polizeiverordnung verbietet z. B. das Abspringen vom fahrenden Straßenbahnwagen. Jemand hält sie für ungültig, da es Privatsache eines jeden sei, sich in Gefahr zu begeben. Er springt daher ab und läßt es darauf ankommen, daß eine polizeiliche Strafverfügung gegen ihn erlassen wird. Wird sie erlassen, so beantragt er gerichtliche Entscheidung. Hält das Gericht die Verordnung für ungültig, so spricht es ihn frei und bestätigt ihm damit zugleich

[1] Das Fehlen eines Anspruchs auf Bescheidung betont richtig ÖVerfGH. 29. Okt. 30, JBl. 60 (1931) S. 65.

[2] Otto Mayer I S. 124. — § $13^{II}$ AO. gebraucht den Ausdruck allerdings im Sinne von Dienstaufsichtsbeschwerde.

[3] Vgl. meine Ausführungen in VStaatsRL. 2 (1925) S. 53f.

die Rechtmäßigkeit seines Ungehorsams. Wo es für Polizeiverfügungen keine gerichtliche Anfechtung gibt, wie in Bayern, ist der vom Strafrichter als rechtmäßig bestätigte Ungehorsam auch gegen rechtswidrige Polizeiverfügungen zulässig[1]. Es braucht sich aber gar nicht um Ungültigkeiten zu handeln. Auch die falsche Handhabung einer gesetzlichen Bestimmung kann zum Ungehorsam reizen. Die Polizeibehörde warnt z. B. die verheirateten Frauen vor dem Gebrauche ihres Mädchennamens Behörden gegenüber; eine Frau nennt sich doch so. Oder die Postverwaltung vertritt die Ansicht, daß gewisse Sendungen zwischen dem Magistrat in Berlin und den Bezirksämtern dem Postzwange unterliegen; der Oberbürgermeister von Berlin ist anderer Ansicht und kehrt sich nicht an die Auffassung der Postverwaltung. Auch in solchen Fällen ist der Freispruch im darauf folgenden Strafverfahren die gerichtliche Bestätigung der Unrichtigkeit der behördlichen Auffassung. Dieser uns bereits als „Schutz des Strafrichters" bekannte Rechtsschutz (S. 248) hat allerdings den Nachteil, daß der Ungehorsame, wenn er im Unrecht ist, bestraft wird, daß er also seinen Kampf ums Recht, um mit v. SEYDEL zu sprechen[2], mit dem Schwerte des Damokles über sich führen muß. Die Strafgerichte pflegen daher in solchen Fällen auf die Mindeststrafe zu erkennen. So war das gegen den Obersten GÄDKE gefällte Urteil ein Eine-Mark-Urteil. G. war durch ehrengerichtlichen Spruch die Befugnis zum Tragen der Uniform abgesprochen worden[3]. Er hielt den Spruch für ungültig und zeigte dem Polizeipräsidenten an, er werde an einem bestimmten Tage zu einer bestimmten Stunde Unter den Linden in Uniform auf- und abfahren. Nach Ausführung des Planes wurde er angeklagt und schließlich zu einer Mark Geldstrafe nach § $360^{8}$ StGB. verurteilt, da das Gericht den Spruch des Ehrengerichts für gültig ansah[4].

Ungehorsam ist auch die Selbsthilfe des Beamten gegen unzulässige Dienstbefehle. Da der Beamte seine Bedenken gegen die Gültigkeit des Befehls, abgesehen von der auch hier bedeutsamen Regelung in Thüringen[5], nicht klagend oder beschwerdeführend vor ein Gericht bringen kann, bleibt ihm, wenn er sich nicht alles gefallen lassen will, nur der Ungehorsam übrig. In Preußen gilt denn unbestritten der Satz, daß der Beamte einen Befehl, der ihm nach seiner Ansicht nicht zugemutet werden kann, unausgeführt lassen darf, allerdings auf seine eigene Gefahr[6]. Den gerichtlichen Rechtsschutz kann er damit aber nur dann erzwingen, wenn über seine dienstliche Bestrafung ein Disziplinargericht oder das OVG. zu entscheiden haben, und nicht, wie vielfach bei Ordnungsstrafen, die Verwaltungsbehörden. Ein Stadtsekretär weigert sich z. B., eine ihm übertragene, nach seiner Ansicht bloß mechanische und daher seiner unwürdige Schreibarbeit zu verrichten; das OVG. bestätigt die wegen Ungehorsams gegen ihn verhängte Ordnungsstrafe[7]. Ein andermal verbietet der Amtsvorsteher einem Polizeiwachtmeister den Verkehr mit einem früheren Polizeisergeanten; der Polizeiwachtmeister gehorcht nicht, wird bestraft, erreicht aber, daß das OVG. die Strafe aufhebt[8].

2. Der körperliche **Widerstand gegen die Staatsgewalt** ist die bei unrechtmäßigen staatlichen Eingriffen tatsächlicher Art mögliche Form der verteidigenden Selbsthilfe. Da Hauptsitz des Gegenstandes § 113 StGB. ist, hat sich seiner fast aus-

---

[1] Vgl. z. B. R. HERGT Polizeibefehle und richterliches Prüfungsrecht, BlAdmPr. 62 (1912) S. 378ff.

[2] v. SEYDEL-v. GRASSMANN Bay. Staatsr. II 1913 S. 220. Vgl. zu der Frage auch die kritischen Ausführungen von HOFACKER Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform 1919 S. 302ff.

[3] Vgl. hierüber ZORN, DJZ. 1906 Sp. 669ff.

[4] KG. 25. Febr. 08, KGJ. 36 C 120ff. (dies Urteil behandelt die Befugnis G.s zur Führung des Titels „Oberst").

[5] Thür. StBG. v. 14. März 23/13. Dez. 30 § $72^{VI}$; vgl. unten S. 378.

[6] Vgl. oben S. 249.

[7] PrOVG. 1. Dez. 21, PrVerwBl. 43 (1922) S. 272f.

[8] PrOVG. 13. Okt. 13, Entsch. 65, 436ff.

schließlich die Strafrechtswissenschaft bemächtigt. Aber auch ein System des Rechtsschutzes im Verwaltungsrecht darf nicht achtlos an ihm vorübergehen.

Bestraft wird nach § 113, wer einem zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufenen Beamten in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet. Verwaltungsrechtlich bedeutsam ist nur die Frage, wann Rechtmäßigkeit der Amtsausübung vorliegt. Der so wichtige Satz, daß der Staat das große Vorrecht hat, sich irren zu dürfen, bewährt sich auch hier. Auch Privatpersonen sind z. B. zur vorläufigen Festnahme eines Verbrechers berechtigt (§ 127 I StPO.). Irren sie sich aber dabei in der Person des zu Ergreifenden, so handelt der fälschlicherweise Festgenommene, wenn er die Festnehmenden niederschlägt, in berechtigter Notwehr. Widerfährt dagegen einem Polizeibeamten das Mißgeschick einer Personenverwechselung, so darf sich der Festgenommene nicht zur Wehr setzen[1]. Denn da der Beamte festnehmen muß, wenn er überzeugt ist, den gesuchten Verbrecher oder den in Schutzhaft zu bringenden Aufwiegler vor sich zu haben, ist seine der Überzeugung entsprechende Handlung rechtmäßig im Sinne des Gesetzes. Wie nun aber, wenn der Beamte sich nicht in den tatsächlichen Verhältnissen, sondern im Rechte geirrt hat? Hat er es schuldhaft getan, durch pflichtwidrige Mißachtung der gesetzlichen Vorschriften, besteht gegen die Verneinung der Rechtmäßigkeit seiner Handlung kein Bedenken. So kann jedermann einen Polizeibeamten gewaltsam aus der Wohnung entfernen, der zur Nachtzeit prüfen will, ob sich die Öfen in feuersicherem Zustande befinden; denn die Vorschriften des Wohnungsschutzes zur Nachtzeit muß er kennen. Ebenso sind unrechtmäßig die völlig aus dem Rahmen des Üblichen fallenden Akte, wie die Mißhandlung eines Festgenommenen, selbst wenn der Beamte sich hierzu für berechtigt hielt. Daneben gibt es aber auch Rechtsirrtümer geringerer Art. Auf Grund einer ohne Verschulden falsch ausgelegten Körordnung will ein Landjäger einen Pferdebesitzer gewaltsam hindern, seinen Hengst in einen Stutenstall zu führen; der Pferdebesitzer stößt den Landjäger zurück; macht er sich strafbar? Man sollte meinen: ja, da einem Landjäger nicht zugemutet werden kann, schwierige Rechtsfragen zu lösen. Die Rechtsprechung hat aber, wie früher gezeigt, kein genügendes Verständnis für die Notwendigkeiten des Staates und läßt den Widerstand bei jedem Rechtsirrtum zu[2]. „Rechtmäßige" Ausübung des Amtes bedeutet jedoch nichts anderes als „pflichtmäßige" Ausübung des Amtes. Bei gefährlichen Mißgriffen kann der Widerstand immer noch kraft Notstandes gestattet sein.

### V. Förmliche Beschwerde und Einspruch.

Selbsthilfe ist schon im Privatrecht ein Notbehelf, sie ist es noch viel mehr im Verhältnis zwischen einzelnem und Staat. Aber auch formlose Beschwerde und Gegenvorstellung sind keine vollwertigen Rechtsbehelfe. Das mindeste, was man für den durch einen Verwaltungsakt Beschwerten verlangen kann, ist, daß er einen Anspruch auf Nachprüfung des Verwaltungsaktes hat, wenn er sich dieserhalb an die höhere Behörde oder auch an die Behörde selbst wendet. Für diesen Zweck sind die Einrichtungen der förmlichen Beschwerde und des Einspruchs geschaffen worden.

1. **Die förmliche Beschwerde,** vielfach auch Rekurs oder Beschwerde schlechthin genannt, während der Ausdruck „Rechtsbeschwerde" wegen seiner Mehrdeutig-

---

[1] Vgl. z. B. RG. II 23. Juni 82, RGSt. 6, 400ff.; s. auch RG. III 12. Mai 27, RGSt. 61, 297ff.

[2] RG. IV 26. Nov. 97, RGSt. 30, 350. Über den tieferen Grund dieser Rechtsprechung vgl. oben S. 249.

keit[1] besser vermieden wird, unterscheidet sich von der formlosen Beschwerde durch eine Reihe von Merkmalen.

Das hervorstechendste Merkmal ist die Fristgebundenheit[2]. So ist der vielfach auch in anderen Gesetzen als der GewO. für maßgeblich erklärte gewerberechtliche „Rekurs" an eine Ausschlußfrist von vierzehn Tagen gebunden (§ $20^{I}$ GewO.), ebenso die „Beschwerde" im preußischen Beschlußverfahren und als erster Rechtsbehelf gegen polizeiliche Verfügungen (§§ $121^{I}$, $129^{III}$ LVG.). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unverschuldeter Fristversäumnis ist in dem einen Gesetze in das Ermessen der Behörde gestellt (§ $52^{II}$ LVG.), nach anderen Gesetzen hat der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Fristennachsicht (§ 68 AO.). Die Frist beginnt mit der Bekanntgabe an den Beteiligten durch mündliche Eröffnung oder durch Zustellung. Für einen Anfechtungsberechtigten, an den die Verfügung nicht gerichtet ist, beginnt die Rechtsmittelfrist mit Kenntnis der Verfügung (§ $63^{III}$ thür. LVO.).

Eine zweite Eigentümlichkeit der förmlichen Beschwerde ist die Beschränkung des Beschwerderechts auf den rechtlich Beteiligten. Die formlose Beschwerde gegen eine Ausweisung kann auch ein Freund des Ausgewiesenen einlegen, die förmliche nur der Ausgewiesene selbst. Ordentlicher Beschwerdeführer ist der von einer Verfügung Getroffene oder mit einem Antrag Abgewiesene, also bei schriftlichen Verwaltungsakten deren Empfänger. Solche Verfügungen können aber auch in die Rechte Dritter eingreifen und berechtigen dann auch diese zur Anfechtung. Die Polizeibehörde verbietet z. B. einem Wirte, einen als Trunkenbold bezeichneten Mann zu bewirten[3]; sie verbietet dem Inhaber einer Drogerie, die Heilerde einer bestimmten Firma zu verkaufen[4]; sie befiehlt dem Eigentümer eines Brunnens, an dem der Nachbar ein dingliches Nutzungsrecht hat, Schließung des Brunnens wegen Verunreinigung des Wassers[5]; in Österreich befreit die Behörde den von Tisch und Bett getrennten Ehemann vom Ehehindernis des bestehenden Ehebandes[6]. In derartigen Fällen kann der, an den die Verfügung gerichtet ist, soweit er sich beschwert fühlen kann, die Verfügung anfechten, aber außer ihm auch der mittelbar Getroffene, nämlich der Trunkenbold, die Firma, der Nachbar, die Ehefrau[7]. Gerade für solche Verkoppelungen der Rechte gilt die oben wiedergegebene Bestimmung der thüringischen LVO. Wo die förmliche Beschwerde jedermann aus dem Volke zustehen soll, muß das Gesetz es ausdrücklich sagen.

Häufig hat die förmliche Beschwerde die weitere Eigenart, daß erst sie das Einschreiten der höheren Behörde ermöglicht. Bei polizeilichen Verfügungen allerdings kann in Preußen neben der förmlichen auch die formlose Beschwerde zum Ziele führen, da z. B. der Regierungspräsident die polizeiliche Verfügung eines Landrats auch von Amts wegen außer Kraft setzen kann. Aber der Bezirksausschuß kann den Beschluß eines Kreisausschusses nur auf rechtzeitig erhobene Beschwerde abändern oder aufheben. Dies ist der tiefere Grund, weshalb das Gesetz bisweilen auch dem überstimmten Vorsitzenden der unteren Behörde das Beschwerderecht zugesteht, da ohne diese Möglichkeit ein dem einzelnen günstiger Beschluß überhaupt nicht geändert werden könnte (§ 123 LVG.).

---

[1] Das württembergische VRPflG. v. 16. Dez. 76, Überschrift vor Art. 59, gebraucht den Ausdruck im Sinne von verwaltungsgerichtlicher Anfechtungsklage, die AO. in den §§ 265ff. etwa im Sinne von Revision.

[2] Vgl. über dieses Unterscheidungsmerkmal PrOVG. 15. März 17, Entsch. 72, 396ff.

[3] PrOVG. 9. Mai 76, Entsch. 1, 327ff. Vgl. hierzu unten S. 468.

[4] BadVGH. 17. März 25, BadVerwZ. 1925 S. 151ff.

[5] SächsOVG. 6. Mai 05, Jahrb. 7, 195ff.

[6] ÖVGH. 19. März 21, Samml. (Adm. Teil) 45, 31ff.; 12. Mai 30 (Plenum), JBl. 59 (1930) S. 285f.

[7] Weitere Beispiele Gesetz, Gesetzesanwendung S. 249 N. 23 u. 24; ferner PrOVG. 29. Apr., 26. Juni 13, 9. März 22, 4. Nov. 26, Entsch. 65, 409ff.. 288ff.; 77, 451ff.; PrVerwBl. 48 (1927) S. 358f. Engherzig HambOVG. 14. Okt. 25, Entsch. d. hamb. Verwaltungsgerichte 1, 177ff.

Das Förmliche der hier erörterten Beschwerde besteht in der *Notwendigkeit ihrer Anbringung bei einer bestimmten Behörde*. Da sich die untere Behörde im Besitze der Akten befindet, ist die Regel die Einlegung der Beschwerde bei der Behörde, gegen die sie sich richtet (§§ $122^{\mathrm{I}}$, $129^{\mathrm{I}}$ LVG., § $234^{\mathrm{I}}$ AO.), doch schadet die Anbringung bei der für die Beschwerdeentscheidung zuständigen Behörde meistens nicht (§§ $122^{\mathrm{V}}$, $129^{\mathrm{V}}$ LVG., § $234^{\mathrm{I}}$ AO.). Wohl aber würde die Einlegung beim Minister, der nicht Beschwerdeinstanz ist, die Beschwerdefrist nicht wahren. So weitherzig wie die RVO., die, wie schon früher einmal gezeigt (S. 243), in sozialem Geiste die Rechtsmittelfrist auch dann als gewahrt gelten läßt, wenn das Rechtsmittel rechtzeitig bei irgendeiner anderen inländischen Behörde eingegangen ist (§ $129^{\mathrm{II}}$), sind die meisten Verwaltungsgesetze nicht, § $116^{\mathrm{III}}$ der thüringischen LVO. kommt aber dieser Vorschrift ziemlich nahe.

Die förmliche Beschwerde hat im Gegensatze zur formlosen bisweilen *aufschiebende Wirkung*, ohne allerdings der Behörde die Möglichkeit der vorläufigen Ausführung zu nehmen (§ 53 LVG., § 117 thür. LVO.). Auch wo die aufschiebende Wirkung nicht kraft Gesetzes eintritt, sehen die Gesetze ausdrücklich die Möglichkeit einer Aussetzung der Vollziehung vor (§ 235 AO.).

Vor allem gibt die förmliche Beschwerde dem Beschwerdeführer einen *Anspruch auf Prüfung und Bescheidung*, während die formlose Beschwerde nur aus Höflichkeit, nicht kraft Rechtspflicht beantwortet zu werden pflegt. Der Beschwerdebescheid kann auf *Abweisung der Beschwerde* lauten. Von den besonderen gesetzlichen Bestimmungen hängt es ab, ob hiergegen die weitere Beschwerde oder ein sonstiges Rechtsmittel gegeben ist. Oder der Beschwerdeführer dringt mit der Beschwerde durch. Dies kann wieder zweierlei Formen annehmen: entweder *Aufhebung und endgültige Erledigung* oder *Aufhebung und Zurückverweisung*. Bei belastenden Verfügungen, z. B. bei Heranziehung zu Beiträgen, ist die Aufhebung schon Erledigung. Bei Versagungen dagegen bedarf es außer der Aufhebung noch der Erteilung der erbetenen Erlaubnis, Genehmigung oder der sonstigen beantragten Vergünstigung. Die beiden Möglichkeiten, deren Zulässigkeit aber nach den einzelnen Gesetzen erst zu prüfen ist, sind Erteilung im Beschwerdebescheid und Zurückverweisung an die untere Behörde zur nochmaligen Prüfung. Die Abweisung der Beschwerde hat keine weitere Wirkung, als wenn die angefochtene Verfügung durch Zeitablauf unanfechtbar geworden wäre. Ein Antrag auf Baugenehmigung z. B. wird abgewiesen. Erneuert der Baulustige einige Zeit darauf den Antrag, so steht die Behörde dem Gesuche frei gegenüber selbst dann, wenn der ablehnende Bescheid durch Beschwerdebescheid bestätigt worden war.

2. Der **Einspruch** ist die Gegenvorstellung ins Förmliche übertragen. Er unterscheidet sich von der förmlichen Beschwerde nur dadurch, daß die Urheberin des angefochtenen Bescheids selbst über die Anfechtung zu entscheiden hat.

Der Einspruch ist ein Mittel zur Entlastung der Behörde. Müßte sie schon bei der ersten Verfügung mit peinlicher Genauigkeit verfahren, so müßte ihr oft ein Heer von Beamten zur Verfügung stehen. Da dies nicht der Fall ist, kann man von der ersten Verfügung nicht immer verlangen, daß sie dem Rechte gemäß ist. Von den 50000 Empfängern der ersten Verfügung werden sich die damit Unzufriedenen, vielleicht 1000, schon rühren. Dann ist Zeit genug zur genaueren Prüfung, für 49000 Fälle ist die Arbeit gespart. Man findet daher den Einspruch meistens dort, wo Verfügungen im Massenbetrieb erlassen werden: Veranlagung zu den sog. Besitzsteuern (§§ 217f. AO.), zu Gemeindeabgaben (§ 69 KAbgG.). Neuestens hat § 126 thür. LVO. den Einspruch ganz allgemein als das erste Rechtsmittel zur Anfechtung einer Verfügung eingeführt. Aber dieser thüringische Einspruch unterscheidet sich wesentlich von dem, was man sonst als Einspruch bezeichnet. Will nämlich die Behörde dem Einspruch nicht stattgeben, so darf sie

keinen ablehnenden Bescheid erlassen, vielmehr gilt der Einspruch dann je nach Eigenart des Einzelfalls als Beschwerde oder als verwaltungsgerichtliche Klage (§ 126d[II]).

### VI. Anrufung des Verwaltungsgerichts.

Die vollendetste Form des Rechtsschutzes bildet die Anrufung des zuständigen Verwaltungsgerichts. Ihre Wichtigkeit rechtfertigt die Darstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in einem besonderen Abschnitt. Dabei wäre denkbar der Einwand, die Verwaltungsgerichtsbarkeit sei nicht ausschließlich eine Rechtsschutzeinrichtung zugunsten des einzelnen. Für eine Betrachtung des Typischen ist sie es aber. Es ist kein Zufall, daß RV. Art. 107 Verwaltungsgerichte gerade „zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden" eingesetzt wissen will.

## § 13. Fortsetzung. Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte.

Otto Mayer I S. 131ff., 138ff., 151ff., 162ff., 252; Fleiner S. 236ff.; Schoen S. 291ff.; Hatschek S. 361—415; Loening S. 771—838; G. Meyer-Anschütz S. 778ff.; G. Meyer-Dochow S. 66ff.; E. v. Meier in der Encykl. d. RW. von v. Holtzendorff u. Kohler II[6] 1904 S. 729ff.; Herrnritt S. 508ff.; Merkl S. 369ff.; Gerber S. 76ff.

O. v. Sarwey Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege 1880; E. Loening Über Verwaltungsgerichtsbarkeit, FischersZ. 14 (1893) S. 1ff.; v. Lemayer Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, GrünhutsZ. 22 (1895) S. 353ff.; Tezner Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege 1901 (aus VerwArch. 8 u. 9); Anschütz in Hinnebergs Kultur d. Gegenw., Syst. RW.[2] 1913 S. 382ff.; derselbe Art. „Verwaltungsgerichtsbarkeit" im HWBKommunalW IV; W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913, insbes. S. 1ff., 30ff., 41ff., 68ff., 157ff., 177ff., 331ff.; v. Laun Übersicht über wichtige Einrichtungen des Auslandes auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege, Wien 1913; Bühler Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung 1914; derselbe, Fleischmann u. a. Art. „Verwaltungsgerichtsbarkeit" im WStVR. III; derselbe in: Harms Recht u. Staat II 1929 S. 3ff.; W. Jellinek Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VStaatsRL. 2 (1925) S. 8ff.; Lassar ebenda S. 81ff.; derselbe im RVerwBl. 50 (1929) S. 8ff.; J. v. Elbe Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der deutschen Länder 1925 (Kieler Diss.); Koellreutter Stellung und Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Rigaische Z. f. Rechtsw. 2 (1927/28) S. 1ff.; Görres Der Verwaltungsrichter — seine Wage und sein Schwert, Z. d. AnwKammer Breslau 40 (1928) S. 91ff.; C. Sieveking Typische Unterschiede in der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsgerichte, Kieler Diss. 1928; Behr Verwaltungsgerichtsbarkeit in Reich und Ländern, HansRGZ. A 1928 Sp. 719ff.; Hartmann desgl. ebenda 1929 Sp. 379ff.; Stier-Somlo Art. „Verwaltungsgerichtsbarkeit" im HWBRW. VI 1929; Löwenthal Abgrenzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der RV., RVerwBl. 50 (1929) S. 525ff.; Morstein Marx Landesrechtliche Verwaltungsgerichtsbarkeit und Diktaturmaßnahme, Arch.-ÖffR. 55 (1929) S. 268ff.; Körner Zur Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZÖffR. 8 (1929) S. 229ff.; Rottmann Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit 1931. — Kommentare zu RV. Art. 107; Überblicke über die Rechtsmittel im Besteuerungsverfahren in JW. 1930 S. 305ff., 2249ff. — Vgl. auch das Schriftenverzeichnis zu § 5 u. § 12, insbes. Apelt Instanzenzug 1929, Lassar Reichsverwaltungsgericht 1930.

O. Mueller Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preußischem Recht 1895; Friedrichs Besonderheiten des pr. Verwaltungsstreitverfahrens, VerwArch. 6 (1898) S. 358ff.; derselbe Zuständigkeitsgesetz 1904; derselbe Landesverwaltungsgesetz 1910; derselbe Die Gesetzgebung über die allgemeine Landesverwaltung[3] 1927; derselbe Verwaltungsrechtspflege I 1920, II u. III 1921; derselbe Streitverfahren 1929; Stier-Somlo Landesverwaltungsgesetz 1902; derselbe Der verwaltungsgerichtliche Schutz des Bürger- und Einwohnerrechts in Preußen, VerwArch. 12 (1904) S. 354ff.; Bartels Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten 1907; Kunze Das Verwaltungsstreitverfahren 1908; Drews Vom Ausbau der preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZStaatsW. 78 (1924) S. 586ff.; derselbe Verwaltungsstandrecht, DJZ. 1929 Sp. 265ff.; Dieckmann Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen[2] 1926; Berner Kommentar zum LVG. u. ZustG., in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze I[24] 1930 S. 1ff., 271ff.; derselbe Drei Abhandlungen zum preußischen Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 31 (1926) S. 428ff., 443ff., 450ff. — Zahlreiche Abhandlungen von Schultzenstein im VerwArch. 12 (1904), 20 (1912), 21 (1913), 22 (1914), 24 (1916), 25 (1917), 26 (1918), 30 (1925) und im PrVerwBl. 37 (1916), 39 (1918), 40 (1919), ferner: Zur Verwaltungsgerichtsbarkeit f. d.

Freie Stadt Danzig, DanzJZ. 1 (1922) S. 2f. — Popitz Der Parteibegriff im preußischen Verwaltungsstreitverfahren 1907. Ludwig Verwaltungsrechtsräte 1929. Über den Kommissar des öffentlichen Interesses Bergenthal, Neumeister, Friedrichs u. Bojunga im RVerwBl. 50 (1929) S. 343ff., 615ff., 51 (1930) S. 23ff. u. 52 (1931) S. 326ff., über den lückenhaften Rechtsschutz in Preußen Stölzel, Epha und Schrupp ebenda 51 (1930) S. 110f., 546ff. u. 52 (1931) S. 109ff.

M. Seydel Die Verwaltungsrechtspflege in Bayern, AnnDR. 1885 S. 213ff.; Dyroff Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz[5] 1917, Normennachtrag 1925, ErgBd. mitbearbeitet von Klee u. Hechtel 1928; Braunwart Reform d. VRPfl. in Bayern, BlAdmPr. 71 (1921) S. 1ff., 33ff.; Aufsätze von Mensens u. Stritzke in BayVerwBl. 76 (1928), 78 (1930) u. BayGemZ. 41 (1931). — K. Apelt Das kgl. sächs. G. ü. d. VRPfl.[2] 1911; Wittmaack Wieweit ist das sächs. OVG. zur Nachprüfung von Ermessensentscheidungen zuständig? FischersZ. 58 (1925) S. 97ff.; Bräm Die gegenwärtige Zuständigkeit des sächs. OVG., FischersZ. 63 (1929) S. 1ff. — Goez Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg 1902; Teuffel Die Rechtsbeschwerde d. württ. VRPflG., Tüb. Diss. 1915; Geier Die Rechtsbeschwerde im württ. Recht und im Reichsrecht, WüRV. 16 (1923) S. 100ff., 115ff., 129ff., 147ff., 165ff.; derselbe Verwaltungsweg und Rechtsbeschwerde nach § 13 der VO. v. 26. März 1924, WüRV. 18 (1925) S. 97ff.; Haller Die Aufhebung der Kreisregierungen und die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, WüRV. 17 (1924) S. 149ff.; Hofacker Verwaltungsweg und Rechtsbeschwerde, WüRV. 20 (1927) S. 81ff.; Hofacker u. Haller im ABlWürttInnMin. 1928 S. 215ff. u. in WüRV. 21 (1928) S. 145ff., 182f. — Knauth und K. Wagner Landesverwaltungsordnung für Thüringen 1927, Deckbl. 1930; Buchmann Die Anfechtungsklage des thür. Verwaltungsrechts 1929 (dazu H. Loening ThürRdsch. 7, 1929, Sp. 277ff.). — Rechtsprechung d. HessVGH. zum HessVRPflG. 1929. — Über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg C. Ritter HansRZ. 1922 Sp. 53ff., Behr HansRGZ. A 1928 Sp. 267ff., Morstein Marx, Behr, Jacobsohn ebenda 1930 Sp. 637ff., 651ff., 657ff., Markull RVerwBl. 50 (1929) S. 311ff., in Mecklenburg-Schwerin Schlesinger, MecklZ. 40 (1922) S. 82ff., in Anhalt Eisenberg (Hall. Diss. 1928), in Bremen Reg.-Rat Wedemeyer, DJZ. 1925 Sp. 501ff., G. Löning HansRGZ. A 1930 Sp. 607ff., Thiemann (Leipz. Diss. 1930). Vgl. auch die im Schriftenverzeichnis zu § 5 genannten Aufsätze. — J. Müller-Wiedersum VO. ü. d. Reichswirtschaftsgericht 1920; Waldecker Zehn Jahre Reichswirtschaftsgericht, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 224ff.; Spohr u. a. Die Rechtsmittel im Besteuerungsverfahren, JW. 1930 S. 305ff. (Reich), 2249ff. (Länder). — Statistiken zur Verwaltungsrechtspflege in der Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. XXIII, ferner in WüRV. 24 (1931) S. 69f., BadVerwZ. 1931 S. 46f., MecklZ. 46 (1930) Sp. 610.

Tezner Das österreichische Administrativverfahren[2] (Rechtsbild. Funktion IV 1925); Körner Verfassungsreform und VerwGerichtsbarkeit, ÖZBl. 48 (1930) S. 81ff.; Kamitz Der (öst.) VGH. 1931. Jarolim Reform der VerwGerichtsbarkeit, 3. DJT. i. d. Tsch.-Slow., Gutachten 1927 S. 99ff. — Gubler-Steiner Eidgen. VRPfl. (Textausg. d. Bundesges. v. 11. Juni 28 mit Einl.) 1929; Kirchhofer Die VRPfl. beim Bundesgericht 1930 (auch ZSchwR. N. F. 49, 1930, S. 1ff.); Im Hof Verwaltungsgerichtsbarkeit i. d. Schweiz, RVerwBl. 51 (1930) S. 2ff.; W. Burckhardt Verwaltungsgerichtsbarkeit i. d. Eidgenossenschaft, ZStaatsW. 90 (1931) S. 225ff. — Für Frankreich außer Dareste (s. oben S. 288) namentlich E. Laferrière Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux[2] 1895, Wittmayer Eigenwirtschaft der Gemeinden 1910 S. 94ff. u. Appleton Traité élémentaire du contentieux administratif 1927; für Italien außer Ranelletti (s. oben S. 288) namentlich Orlando La giustizia amministrativa[2] (Primo trattato III[II]) 1923; für England außer Koellreutter (s. oben S. 112) W. A. Robson Justice and administrative law 1928, insbes. S. 90ff. (hierzu Caudel Revue des sciences politiques 51, 1928, S. 522ff., Koch KartellRdsch. 27, 1929, S. 225ff., Koellreutter ArchÖffR. 57, 1930, S. 457ff.), F. J. Post Administrative Law 1929, Lorck Englische Fiskalprozesse 1930; für Amerika J. Dickinson Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States 1927.

W. Kisch Beiträge zur Urteilslehre 1903, auch Festschr. f. Schultze 1903 S. 203ff.; L. Vossen Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß, ArchÖffR. 24 (1909) S. 202ff.; Eisentraut Gestaltungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren, Stusev. 1926 S. 493ff. — Bernatzik Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 1886; E. Loening Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, VerwArch. 7 (1899) S. 1ff.; Schultzenstein Die Verwaltungsklage gegen wiederholte polizeiliche Verfügungen, VerwArch. 9 (1901) S. 95ff.; derselbe Die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, 26. DJT. (1902) 1, 86ff.; derselbe Rechtskraft und reformatio in peius im preußischen Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 11 (1903) S. 365ff.; ... h Zur Lehre von der Rechtskraft auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, Bad. VerwZ. 1902 S. 1ff, 9ff.; Pražák Die Bedeutung der res judicata im österreichischen Verwaltungsrechte, ÖVerwArch. 2 (1905) S. 129ff.; Otto Mayer Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, ArchÖffR. 21 (1906) S. 1ff.; Rumpelt Zur Frage der Rechtskraft im Verwaltungsstreitverfahren, FischersZ. 30 (1906) S. 1ff.; W. Müller Rechtskraft im Verwaltungsstreitverfahren 1910; Tezner Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrechte, VerwArch. 19 (1911) S. 128ff., 442ff.; 20 (1912) S. 102ff.; B. Beyer Die Rechtskraft der Amtshandlungen, VerwArch. 26 (1918) S. 164ff.; Fr. Walther Die Rechtskraft der Entscheidungs-

gründe nach der Rechtsprechung des (bay.) VGH., BlAdmPr. 69 (1919) S. 222ff.; MERKL Die Lehre von der Rechtskraft 1923; HENRICH Zur Theorie der Rechtskraft, ArchÖffR. N. F. 7 (1924) S. 329ff.; PITAMIC Zur neuesten Rechtskraftlehre, ZÖffR. 4 (1925) S. 160ff.; R. COESTER Die Rechtskraft der Staatsakte 1927; A. HELLWIG Zur Frage d. Rechtskraft d. Entscheidungen d. Oberprüfstelle f. Schund- und Schmutzschriften, ArchUrhR. 3 (1930) S. 501ff.; L. BENEDICENTI Contributo allo studio dell'autorità della cosa giudicata nelle giurisdizioni amministrative 1930; H. KÜHN Die Rechtskraft in Steuersachen 1931. — KUNZE Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 1 (1893) S. 198ff.; WEISE Die Beiladung im preußischen Verwaltungsprozeßrechte, AnnDR. 1904 S. 454ff.; SCHULTZENSTEIN Die Gültigkeit der Entscheidung gegenüber dem Beigeladenen nach dem LVG., VerwArch. 19 (1911) S. 1ff.; HORWITZ Die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren, HansRZ. 1920 Sp. 666ff; FEES Die Beiladung im badischen Verwaltungsstreitverfahren, BadVerwZ. 1931 S. 65ff.

SCHULTZENSTEIN Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten 1913; HEINE Die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren, VerwArch. 26 (1918) S. 431ff.; BERNER Die Untersuchungsmaxime, VerwArch. 31 (1926) S. 428ff.; MENZINGER Die Offizialmaxime im verwaltungsrechtlichen Verfahren, BlAdmPr. 58 (1908) S. 209ff. RAUSCHNING Untersuchungen zur Beweislehre im Steuerverfahren 1929; FEEDER Die Beweislast im Verwaltungsrechte, FischersZ. 66 (1931) S. 297ff.

Über die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und ihre Organisation war schon im geschichtlichen Abschnitt die Rede (S. 92ff.). Wie gezeigt, ist die Betrauung der ordentlichen Gerichte mit der Entscheidung von Streitigkeiten des öffentlichen Rechts seit 1863 im Abnehmen begriffen. Seit 1863 gibt es eine rechtsstaatlichen Forderungen genügende Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden, heute hat nur noch das kleinste deutsche Land, Schaumburg-Lippe, kein Verwaltungsgericht. Allerdings ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Fragen des öffentlichen Rechts auch heute noch wichtig genug. Die drei justizstaatlichen Artikel der Reichsverfassung — Art. 129 über die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten, Art. 131 über die Amtshaftung und Art. 153 über die Entschädigung bei Enteignungen — haben im Rechtsleben eine sehr große Bedeutung, die Strafgerichte entscheiden ebenfalls häufig öffentlichrechtliche Fragen. Auch deutet die Übertragung der eidgenössischen Verwaltungsrechtspflege auf das schweizerische Bundesgericht durch Gesetz vom 11. Juni 1928 darauf hin, daß die alten Gegensätze: Justizstaat und Staat mit Verwaltungsgerichtsbarkeit im Begriffe sind, sich zu überbrücken.

Verwaltungsgerichtsbarkeit ist soviel wie Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten. Die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte auf Anstoß einer Partei nennt man Verwaltungsrechtspflege. Jedenfalls empfiehlt es sich heute, das Wort in dieser engen, den Rechtsschutz durch gewöhnliche Verwaltungsbehörden ausschließenden Bedeutung zu gebrauchen, zumal auch der Gesetzgeber die Gesetze über Ordnung und Tätigwerden der Verwaltungsgerichte bald „Gesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit", wie in Hamburg und Bremen, bald „Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege", wie in Sachsen, bezeichnet. Für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten aber hat sich der Ausdruck Verwaltungsstreitverfahren eingebürgert.

## I. Wesen der Verwaltungsrechtspflege.

Da der Gedanke einer Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit den justizstaatlichen Gedanken ersetzte, wird immer ein naher Zusammenhang zwischen Verwaltungsrechtspflege und ordentlicher Rechtspflege bestehen. Man kann daher die Verwaltungsrechtspflege zunächst umschreiben als Nachbildung der ordentlichen Rechtspflege für Streitigkeiten des Verwaltungsrechts.

**1.** Die Verwaltungsrechtspflege ist **Nachbildung** der ordentlichen Rechtspflege, fällt also nicht mit ihr zusammen. Wo die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung eines Verwaltungsrechtsstreites berufen sind, bleiben sie ordentliche Gerichte, das Verfahren vor ihnen ist kein Verwaltungsstreitverfahren, die von ihnen gehandhabte Rechtspflege keine Verwaltungsrechtspflege. Bis vor kurzem konnte man noch

hinzusetzen: „Nachbildung innerhalb der Verwaltung.“ Bei den unteren Verwaltungsgerichten, die in den meisten Ländern zugleich Behörden der aktiven Verwaltung sind, ist die Bedeutung des Zusatzes ohne weiteres klar. Aber auch die obersten Verwaltungsgerichte der Länder waren bis vor kurzem der inneren Verwaltung stets insofern eingegliedert, als sie nicht zum Geschäftsbereich des Justizministeriums, sondern des Ministeriums des Innern gehörten. Die richterliche Unabhängigkeit der Mitglieder des OVG., VGH., LVG. macht allerdings eine Einflußnahme des Innenministers auf den Inhalt der zu erlassenden Entscheidung unmöglich. Aber bei der Ernennung und bei der Dienstaufsicht wirkt er maßgeblich mit. Die neueste Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg und Bremen macht jedoch den Zusatz „innerhalb der Verwaltung“ unmöglich, auch die geplant gewesenen Verwaltungssenate am Reichsgericht widersprechen dem älteren Typus. Da das hamburgische Verwaltungsgericht und das hamburgische OVG. aufs engste mit dem Landgericht Hamburg und dem Hanseatischen OLG. verbunden sind, der Senatskommission für die Justizverwaltung und der Dienstaufsicht des Landgerichts- und OLG.-Präsidenten unterstehen, andererseits eine zu wertvolle Bereicherung unserer Verwaltungsrechtspflege darstellen, als daß man sie als regelwidrig vernachlässigen dürfte, muß man sich mit dem Gedanken abfinden, daß zum Wesen der deutschen Verwaltungsrechtspflege die Eingliederung der Verwaltungsgerichte in die Behördenordnung der inneren Verwaltung oder auch der Finanzverwaltung nicht gehört.

Die Hauptaufgabe der ordentlichen Rechtspflege ist die Entscheidung eines Rechtsstreits. Ist die Entscheidung eines Rechtsstreits auch Endziel der Verwaltungsrechtspflege?

**2. Die Entscheidung als typische Aufgabe der Verwaltungsrechtspflege.** Wenn irgendwo, so ist auf dem Gebiete der deutschen Verwaltungsrechtspflege die Betrachtungsweise nach typischen, nicht die nach überall zutreffenden Merkmalen geboten. Nur so erhält man ein Bild von ihrem Wesen. Mit diesem Vorbehalt ist die Fällung einer Entscheidung das typische Endziel des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Den klarsten Fall einer reinen Entscheidung bildet das Feststellungsurteil. Aber nur wenige Gesetze haben die Notwendigkeit der Ermöglichung einer allgemeinen Feststellungsklage erkannt. Hamburg und Bremen führen auf diesem Gebiete in Erinnerung an ihre justizstaatliche Vergangenheit. Hier kann vor dem Verwaltungsgericht, wie nach § 256 ZPO., ganz allgemein auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde[1]. Auch Mecklenburg-Strelitz ordnet die sinngemäße Anwendung des § 256 ZPO. an[2]. So haben das hamburgische wie auch das bremische Verwaltungsgericht Urteile über das Bestehen der hamburgischen und der bremischen Staatsangehörigkeit erlassen[3]. Hamburgische Oberlehrer können Klage dahin erheben, daß ihnen nicht verboten werden dürfe, sich „Professor“ zu nennen[4], in Bremen Offiziere der Heilsarmee, daß die Polizei nicht berechtigt sei, für das Verteilen von Druckschriften den Besitz eines Legitimationsscheines zu verlangen[5]. In Preußen wären alle diese Klagen unzulässig. Damit soll nicht gesagt sein, daß es in Preußen überhaupt keine Feststellungsklagen gibt. So entscheiden die Verwaltungsgerichte über die Zugehörigkeit zu einer

---

[1] Hamb. G. v. 2. Nov. 21 § 20, brem. G. v. 6. Jan. 24 § 28. Vgl. dazu oben S. 191.
[2] G. v. 17. Aug. 22 § 42.
[3] HambVG. 11. Apr. 25 u. 23. Juni 26, HansRZ. 1925 Sp. 754, 1927 Sp. 32f.; BremVG. 5. Juli 26, HansRZ. 1926 Sp. 697ff.
[4] HambVG. 27. März 22 u. HambOVG. 4. Juli 22, HansRZ. 1923 Sp. 30ff.
[5] BremVG. 2. Nov. 25, HansRZ. 1925, Sp. 955ff.

Wasser-, zu einer Fischereigenossenschaft, über die Nichtigkeit von Fischereipachtverträgen, über Streitigkeiten der Beteiligten, wem von ihnen die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wasserlaufs oder seiner Ufer, zur polizeimäßigen Reinigung, zur Anlegung oder Unterhaltung eines öffentlichen Weges obliegt, aber nur, weil in diesen besonderen Fällen die Feststellungsklage ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist[1]. Im allgemeinen aber weist das OVG., gebunden durch die allzu zurückhaltende Gesetzgebung, Feststellungsklagen als unzulässig ab, z. B. die Klage auf Feststellung der Gemeindewählbarkeit, die Klage auf Feststellung, daß der Regierungspräsident die Aufsicht über einen Forst nicht ausüben dürfe, die Klage des Vorstands einer Wassergenossenschaft auf Feststellung der Beitragspflicht des Beklagten oder die Klage auf Feststellung der Befugnis zur Führung eines bestimmten Namens[2]. Geht man dem tieferen Grund für die Abneigung der Gesetzgebung gegen die Feststellungsklage nach, so liegt er in dem allgemeinen Bestreben, die Verwaltungsgerichte nicht unnötig früh in Tätigkeit treten zu lassen (vgl. S. 191f.). Erst sollen sich die Behörden der aktiven Verwaltung mit dem Falle beschäftigen, und nur wenn es dann zu belastenden Verwaltungsakten kommt, soll als letzte Rettung das Verwaltungsgericht angerufen werden können. Dies Bestreben des Gesetzgebers würde aber durchkreuzt werden, wenn der Beteiligte das Verwaltungsgericht vor Erlassung des Verwaltungsaktes anrufen könnte. Hamburg und Bremen beweisen, daß derartige Bedenken nicht allzu schwer wiegen können.

Auch das Leistungsurteil, also das Urteil, das den Beklagten zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verurteilt, ist eine Entscheidung in jenem hier gebrauchten engen Sinne als eines Ausspruches dessen, was auch ohnehin Rechtens wäre[3]. Die dem Leistungsurteil innewohnende Vollstreckbarkeit ist nur eine Zutat zu der in ihm liegenden Feststellung. Solche Leistungsurteile gibt es im Verwaltungsstreitverfahren vor allem zwischen gleichgeordneten Parteien. Die Verurteilung eines Fürsorgeverbandes zur Übernahme eines Hilfsbedürftigen, eines Landkreises zur Erstattung verauslagter Wegebaukosten sind Beispiele für Leistungsurteile im Verwaltungsstreitverfahren.

Ebenso kommt das verneinende Gestaltungsurteil, jenes Urteil, das eine polizeiliche Verfügung, einen Steuerbescheid, die Verhängung einer Dienststrafe, eine Zwangseinschreibung auf Klage aufhebt, der reinen Entscheidung noch sehr nahe. Denn der ihm zugrunde liegende Gedanke ist doch der, daß die Fehlerhaftigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes festgestellt wird; die Aufhebung ist nur eine notwendige Schlußfolgerung aus dieser Feststellung. Die Richtigkeit solcher Auffassung zeigt sich, wenn die angefochtene Verfügung zur Zeit der Urteilsfällung gegenstandslos geworden ist. Die Polizeibehörde verbietet z. B. eine am 20. Februar 1931 geplante Versammlung. Der Fall wird erst im Herbst 1931 für das mit Klage angerufene OVG. spruchreif. Obgleich die Aufhebung des Verbotes in diesem Zeitpunkt keine unmittelbar praktische Bedeutung mehr haben kann, läßt das OVG. die Klage dennoch zu, entscheidet also nur über die Rechtmäßigkeit des Verbotes. Früher brachte das OVG. die Notwendigkeit eines solchen Feststellungsurteils mit der Amtshaftung in Zusammenhang, die vor dem gesetzeskräftigen Beschlusse des Reichsgerichts vom 20. Februar 1923 nur dann geltend gemacht werden konnte, wenn die schädigende Verfügung als gesetzwidrig oder

[1] Wasserges. v. 7. Apr. 13 §§ $130^{I}$, 226; Fischereiges. v. 11. Mai 16 §§ $29^{IV}$, $55^{I}$; Wegereinigungsges. v. 1. Juli 12 § $11^{II}$, hierzu PrOVG. 28. Apr. 21, Entsch. 76, 349ff. Vgl. auch ZustG. § $56^{5}$, dazu PrOVG. 3. Mai 17, Entsch. 73, 335ff.

[2] PrOVG. 6. Mai 15, PrVerwBl. 37 S. 73ff.; PrOVG. 19. Nov. 14, 27. Apr. 17, 5. Mai 13, Entsch. 68, 53ff.; 72, 369ff.; 65, 264ff. Vgl. auch BayVGH. 1. Okt. 26, BayVerwBl. 75 (1927) S. 415; HessVGH. 18. Sept. 26, Entsch. 7, 113ff.; RG. III 11. März 24, RGZ. 108, 117ff.

[3] Für diese Wortbedeutung auch PrOVG. 5. Juli 28, Entsch. 83, 393ff.

unzulässig aufgehoben worden war[1]. Doch war dieser Gesichtspunkt nicht wesentlich. Auch heute würde das OVG. die Klage des Artisten gegen das polizeiliche Verbot des Lassowerfens sachlich entscheiden, selbst wenn in der Zwischenzeit die Genehmigung zur Vorführung dieser Fertigkeit erteilt worden wäre[2].

Erst das bejahende Gestaltungsurteil, das Neues schaffende, nicht bloß Geschaffenes zerstörende Urteil, fällt aus dem Rahmen der Entscheidungen. Ein berühmtes Beispiel bietet die Behandlung der gewerblichen Genehmigungen im preußischen Recht nach ZustG. §§ 114ff. Versagt z. B. der Bezirksausschuß im Beschlußverfahren die Erlaubnis zum Betriebe einer Privatkrankenanstalt, so findet hiergegen innerhalb zweier Wochen der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren statt (§ 115$^{I,II}$). Der Verwaltungsrichter hat in diesen und ähnlichen Fällen nicht nur die Versagung aufzuheben, sondern gegebenenfalls die Erlaubnis selbst zu erteilen[3]. Ein derartiges Urteil ist keine Entscheidung mehr, sondern ein Neues schaffender Verwaltungsakt in Urteilsform. Trotzdem ändert es nichts an unserer Behauptung, daß typische Aufgabe der Verwaltungsrechtspflege die Entscheidung ist. Denn die Erlaubniserteilungen durch Urteil sind in mehr als einer Beziehung regelwidrig. Im außerpreußischen Recht finden sich derartige Urteile überhaupt kaum, auch im preußischen Recht haben sie nur in seltenen Fällen Bedeutung. Das einzige reine Verwaltungsgericht in Preußen, das OVG., kann hier überdies nur als Revisionsgericht tätig werden, wird also, da gerade bei Gewerbegenehmigungen die Tatfrage die Hauptschwierigkeiten bereitet, nur selten in die Lage kommen, die Genehmigung selbst zu erteilen, vielmehr bei Begründetheit der Revision die Sache an den Bezirksausschuß zurückverweisen. Aber auch mit einer anderen typischen, noch später zu besprechenden Eigenschaft des verwaltungsgerichtlichen Urteils hapert es: mit der materiellen Rechtskraft. Nach § 53$^{II,I}$ GewO. kann die Gewerbegenehmigung schon dann zurückgenommen werden, „wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren solche erteilt worden" ist, also weit über die Gründe für die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 100 LVG.) hinaus. Nimmt man dies alles zusammen, so darf man allerdings an der besprochenen Sonderregelung nicht achtlos vorbeigehen, aber man darf sie als eine Ausnahme bezeichnen, die vermutlich in dem Augenblicke verschwinden wird, in dem auch die unteren Rechtszüge reine Verwaltungsgerichte sein werden.

**3. Rechtsstreitigkeiten als typischer Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege.** „Rechtsstreitigkeit" kann in einem doppelten Sinne gemeint sein: Streitigkeit über Rechts- und Tatfragen im Gegensatze zu Ermessensfragen und Streitigkeit über subjektive Rechte im Gegensatze zu Streitigkeiten rein objektiven Rechts.

a) Der Ausschluß von Ermessensfragen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zum mindesten die Regel[4]. Ganz klar sagt es das bayerische Recht[5]: „Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes erstreckt sich nicht ... auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind." „Verwaltungsrechtssachen sind alle bestrittenen Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten in nachbenannten Angelegenheiten ...". Auch Württemberg[6], das jetzt nur noch einen verwaltungsgerichtlichen Rechtszug hat und nur noch die Rechtsbeschwerde an den

---

[1] Vgl. PrOVG. 29. Apr. 13, 1. Juli 15, 9. März 22, Entsch. 65, 409ff.; 69, 314ff.; 77, 451ff.

[2] Vgl. auch PrOVG. 7. Jan. 26, Entsch. 80, 337ff. (Zulässigkeit der Klage gegen Versagung einer gar nicht nötigen Genehmigung), ferner 5. Juni 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 132. Aus der thür. Rechtsprechung ThürOVG. 27. Apr. 27, Jahrb. 12, 10ff.; Gutachten 11. März 29, ThürANachrBl. I 1929 S. 126f.

[3] Vgl. PrOVG. 9. März 22, Entsch. 77, 444ff.

[4] Über das Wesen des freien Ermessens vgl. oben S. 30ff.

[5] G. v. 8. Aug. 78 Art. 13$^{13}$, 8. [6] G. v. 16. Dez. 76 Art. 13.

Verwaltungsgerichtshof kennt, schließt die Anrufung des VGH. aus, „wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind". In Baden[1] findet sich eine wörtlich fast übereinstimmende Ermessensklausel bei der Regelung der Anfechtung polizeilicher Verfügungen, ohne daß damit gesagt sein soll, daß die Klausel im übrigen nicht gilt, ähnlich in Thüringen[2], Mecklenburg-Schwerin[3] und Hamburg[4], während Bremen[5] wieder, ähnlich wie Bayern und Württemberg, die Begründung einer verwaltungsgerichtlichen Klage damit, daß eine Behörde von ihrem Ermessen einen unrichtigen Gebrauch gemacht habe, ganz allgemein ausschließt. Auch Österreich bestimmt in seiner Verfassung, daß eine Rechtswidrigkeit nicht vorliege und daher die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof nicht erfolgreich erhoben werden könne, „soweit die Verwaltungsbehörde auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes nach freiem Ermessen vorzugehen befugt war und von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat" (Art. 129$^{I}$). Aber auch dort, wo das Wort „Ermessen" nicht vorkommt, kann der Wille des Gesetzes zum Ausschluß von Ermessensfragen klar erkennbar sein. Da die Ermessensfrage im Gegensatze steht zur Rechtsfrage und zur Tatfrage, so bedeutet die Einschränkung der Befugnis des Verwaltungsgerichts auf die Prüfung der Rechts- und Tatfrage zugleich den Ausschluß der Ermessensfrage. Wir finden diese Form des Ausschlusses namentlich bei dem wichtigsten Rechtsschutzmittel für den einzelnen, bei der sog. Anfechtungsklage. In Preußen[6] kann die Klage gegen polizeiliche Verfügungen „nur darauf gestützt werden: 1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze; 2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden." Ähnlich lautet die Formel für die Anfechtungsklage in Mecklenburg-Strelitz[7] und in einigen Ländern, die überdies die Prüfung von Ermessensfragen ausdrücklich verbieten, wie Thüringen[8] und Mecklenburg-Schwerin[9]. Die sächsische Bestimmung[10] erinnert mehr an die Vorschriften über die Revision, sagt aber inhaltlich doch dasselbe wie die preußische[11]. Die Anfechtungsklage kann hier nämlich „nur darauf gestützt werden: 1. daß das bestehende Recht nicht oder nicht richtig angewendet worden sei und die angefochtene Entscheidung hierauf beruhe; 2. daß in dem Verfahren, welches der angefochtenen Entscheidung vorangegangen ist, eine wesentliche Formvorschrift unbeachtet gelassen worden sei". Abs. 2: „Dabei unterliegen auch die tatsächlichen Feststellungen der Nachprüfung des Oberverwaltungsgerichts, soweit sie auf die rechtliche Beurteilung der Sache von Einfluß sind". Ähnlich kann endlich in Hessen die Klage „nur darauf gestützt werden, daß die angegriffene Verfügung oder die ausgeführte Zwangsmaßregel gesetzwidrig oder unzulässig war".

Die glücklichste Form der Regelung der Ermessensfrage ist die in Österreich geltende[12]. Denn durch die doppelte Betonung der Grenzen des freien Ermessens — „soweit die Verwaltungsbehörde auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes nach freiem Ermessen vorzugehen befugt war und von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat" — bringt das Gesetz zum klaren Ausdruck, daß die Überschreitung der Grenzen des freien Ermessens und Rechtswidrigkeiten oder Rechtsirrtümer bei Bildung des freien Ermessens (letztes die von uns so benannten

---

[1] G. v. 14. Juni 84 § 4$^{IV}$. [2] LVO. § 128$^{III}$. [3] G. v. 3. März 22 § 33$^{IV}$.
[4] G. v. 2. Nov. 21 § 46. [5] G. v. 6. Jan. 24 § 9. [6] LVG. § 127$^{III}$.
[7] G. v. 17. Aug. 22 § 7$^{I}$. [8] LVO. § 128$^{I}$. [9] G. v. 3. März 22 § 33$^{III}$.
[10] G. v. 19. Juli 00 § 76.
[11] Gleiches gilt von Hessen: StädteO. v. 8. Juli 11 Art. 129b II 3$^{III}$, G. betr. d. inn. Verwaltung v. 19. Juli 11 Art. 66 V$^{II}$.
[12] Bundesverfassung von 1929 Art. 129$^{I}$.

„Ermessensfehler"[1]) nicht zur Ermessensfrage, sondern zur überprüfbaren Rechts- oder Tatfrage gehören. Es ist also kein stichhaltiger Einwand gegen die Behauptung der typischen Ausschließung der Ermessensfragen von der Verwaltungsrechtspflege, wenn das preußische OVG. z. B. die Anfechtung der Versagung einer „Kann"-Genehmigung zuläßt, falls der Behörde unsachliche Beweggründe für die Versagung vorgeworfen werden[2].

Der Ausschluß von echten Ermessensfragen ist aber in der Tat eine typische, also in der Regel, aber nicht unbedingt zutreffende Eigentümlichkeit der Verwaltungsrechtspflege. Auch ist nicht recht einzusehen, warum subjektive Zweckmäßigkeitserwägungen unabhängigen Gerichten anvertraut werden sollen, da doch die Politik, auch die im kleinen, Sache des Innenministers ist. Gneist, den man gerne als Kronzeugen für die Betrauung der Verwaltungsgerichte mit Zweckmäßigkeitsfragen anführt, hat ihr in Wirklichkeit gar nicht das Wort geredet. Die Verwaltungsgerichte sollten nach seiner Ansicht vor allem einen Schutz gegen die „parteiische Maßbestimmung" bilden, die „den Sinn der Verwaltungsgesetze dem Einen zu Lieb, dem Andern zu Leid verkehrt", also gegen Verstöße gegen den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze[3]. Ein solcher Verstoß ist aber, wie früher gezeigt (S. 164), eine Rechtswidrigkeit, keine bloße unrichtige Anwendung des freien Ermessens. Trotzdem vorkommende echte Ermessensurteile der Verwaltungsgerichte bilden durchaus die Ausnahme. Wenn etwa das sächsische OVG. gegen alle Regel in Sachen der Staatsaufsicht über juristische Personen auch die Ermessensfrage, z. B. die Zweckmäßigkeit des Einspruchs der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung eines politischen Vereins, nachgeprüft hat, ein Fall, der sich übrigens nach RV. Art. $124^{II}$ nicht mehr ereignen kann, so hing dies mit einer reichsrechtlichen Nötigung zusammen[4], da § $62^{II}$ BGB. zum mindesten den gewerberechtlichen Rekurs gegen den Einspruch eröffnet, dem Rekursverfahren aber die Beschränkung auf die Rechts- und die Tatfrage fremd ist. Vereinzelt kommen auch sonst noch Ermessenszuständigkeiten der obersten Verwaltungsgerichte vor, aber so vereinzelt, daß bei Auslegung zweifelhafter Vorschriften die Vermutung gegen sie spricht. Nach § 126 LVG. können Oberpräsident, Regierungspräsident, Landrat endgültige Beschlüsse des Provinzialrats, Bezirksausschusses, Kreisausschusses wegen Gesetzwidrigkeit durch Klage vor dem OVG. anfechten; ebenso entscheidet das OVG. über die in gewissen Fällen zulässige Zurücknahme einer Kleinbahnkonzession auf Klage der zuständigen Behörde[5]. Hat das OVG. in diesen Fällen auch die Zweckmäßigkeit der Klagerhebung nachzuprüfen? Augenscheinlich nicht, da es doch etwas ganz Außergewöhnliches wäre, wenn der Richter auch über die Zweckmäßigkeit der Klage sich schlüssig machen müßte. „Auf Klage entscheiden" heißt nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch: „über die Begründetheit der Klage entscheiden". Das Gesetz hätte sich deutlich ausdrücken müssen, wenn es der Wendung einen anderen Sinn hätte geben wollen[6]. Bedenkt man noch, daß die Verwaltungsrechtspflegegesetze vieler Länder die Ermessensfrage den Verwaltungsgerichten durchweg entziehen, so ist in der Tat der Ausschluß der Ermessensfrage eine typische Eigentümlichkeit der Verwaltungsrechtspflege[7].

b) Aber auch in dem Sinne handelt es sich im Verwaltungsstreitverfahren um Rechtsstreitigkeiten, als die Entscheidung typischerweise subjektive Rechte

---

[1] Vgl. oben S. 36ff.

[2] Vgl. PrOVG. 13. Apr. 16, Entsch. 71, 331ff. Engherziger ThürOVG. 8. Jan. 30, ThürRdsch. 11 (1930) Sp. 417f.; vgl. aber auch oben S. 37 N. 1.

[3] Der Rechtsstaat[2] 1879 S. 272; 12. DJT. 3 (1875) S. 237ff.

[4] Vgl. G. v. 19. Juli 00 §§ $76^{III}$, 74; SächsOVG. 30. Mai 07, Jahrb. 11, 52ff.

[5] Kleinbahnges. v. 28. Juli 92 §§ 24, 25.

[6] Ebenso Gleim Kleinbahnges.[4] 1907 S. 193; andr. Ans. Eger Kleinbahnges.[3] 1913 S. 367 und, in einem ähnlichen Falle, PrOVG. 28. Nov. 29, GewArch. 27 (1930) S. 536ff.

[7] Weitere Ausführungen hierüber Gesetz, Gesetzesanwendung S. 196ff.

zum Gegenstande hat. Streitigkeiten über rein objektives Recht gehören nach dem geltenden Rechte im allgemeinen nicht vor die Verwaltungsgerichte. Dabei muß man sich allerdings erst darüber klar sein, was man unter Streitigkeiten über rein objektives Recht verstehen will. Ganz sicher gehört das Rechtsnormenrecht eines und desselben Rechtserzeugers hierher, also die Frage der Gültigkeit eines Gesetzes im Verhältnis zur Verfassung, einer Verordnung im Verhältnis zu einer höheren Rechtsnorm, während an der Frage der Gültigkeit eines Ortsstatuts meist zwei Rechtsträger, die Gemeinde und der die Aufsicht führende Staat, beteiligt sind. Auch die allgemeinverbindliche Auslegung einer Rechtsnorm würde reines objektives Recht darstellen. Nicht mehr unbedingt gehören hierher Fragen über den Bestand eines Staatsorgans, namentlich Wahlanfechtungen[1], da hier bereits das subjektive Recht des seine Eigenschaft als Staatsorgan Behauptenden oder des Wählers mit hineinspielt, wohl aber Zuständigkeits-, Gültigkeits- und sonstige Rechtsstreitigkeiten zwischen den Behörden des gleichen Rechtsträgers, sofern sie ohne Beteiligung eines Privaten ausgetragen werden. Sieht man sich daraufhin unsere Verwaltungsrechtspflegegesetze und die dazu ergangene Rechtsprechung an, so ist die Ausbeute an Entscheidungen rein objektiven Rechtes sehr gering. Ganz vereinzelt nur kennt das geltende Recht die Anfechtung von Polizeiverordnungen durch verwaltungsgerichtliche Klage, so im badischen Wasserrecht, aber auch hier nur von seiten eines „Beteiligten", nicht als Popularklage[2]. Ebenso ist die allgemeinverbindliche Auslegung einer Rechtsnorm durch Verwaltungsgerichte eine große Seltenheit; das württembergische Gesetz vom 31. Mai 1922 über die Auslegung des § 63 Abs. 3 Satz 2 der württembergischen Verfassung durch den württembergischen VGH. hat bisher keinen Nachfolger gefunden. Auch abstrakte Zuständigkeits- und sonstige Rechtsstreitigkeiten zwischen mehreren Behörden des gleichen Rechtsträgers sind in Deutschland nicht üblich. Allerdings kann in Preußen der Oberpräsident endgültige Beschlüsse des Provinzialrats, der Regierungspräsident endgültige Beschlüsse des Bezirksausschusses durch Klage vor dem OVG. anfechten, wenn die Beschlüsse die Befugnisse der Behörden überschreiten oder das bestehende Recht verletzen (§ 126 LVG.), und alle vier Behörden sind rein staatliche Behörden, nicht zugleich noch Behörden eines Kommunalverbandes. Sieht man sich aber die umfangreiche Rechtsprechung des OVG. zu § 126 LVG. einmal an, so findet man kaum einen Beschluß der Beschlußbehörde, durch dessen Erlaß oder durch dessen Aufhebung nicht die Rechte eines Dritten in Mitleidenschaft gezogen worden wären. So wurden durch Klage angefochten ein Enteignungsbeschluß[3], ein die Bestätigung eines Gemeindebeamten versagender[4], ein eine Gewerbegenehmigung erteilender[5], die Schonzeit auf Antrag des Jagdberechtigten aufhebender[6], ein Ortsstatut bestätigender Beschluß[7]. Da derartige Beschlüsse das Recht des Enteigneten, der Gemeinde, des Gewerbetreibenden, des Jagdberechtigten unmittelbar treffen, kann man das Verfahren über ihre Aufhebung nicht mehr dem rein objektiven Rechte zurechnen, wenn auch zuzugeben ist, daß der subjektiv Berechtigte stark in den Hintergrund tritt, da er im Anfechtungsverfahren überhaupt nicht als Partei zu Worte kommt. Ähnlich verhält es sich z. B. mit der Beanstandung eines Beschlusses der Gemeindevertretung durch den Bürgermeister nach § 15 ZustG. und dem sich anschließenden Verwaltungsstreitverfahren zwischen der Gemeindevertretung und ihm. Der Bürgermeister übt hier Staatsaufsicht aus, so daß auch hier das subjektive Recht der Gemeinde gegen staatliche Eingriffe in Frage steht.

[1] Vgl. z. B. LVG. Schwerin 6. Juni 24, MecklZ. 41 (1925) S. 426ff.

[2] WasserG. v. 8. Apr. 13 § 120[12]. Vgl. auch meckl.-strel. G. v. 1. Dez. 30, neuer § 3[II] (Entsch. d. LVG. ü. d. Gültigkeit einer Abgabensatzung), ferner, mittelbar hierher gehörend, pr.KAbgG. § 70a.

[3] PrOVG. 21. Dez. 16, Entsch. 72, 428ff. [4] PrOVG. 30. Sept. 15, Entsch. 70, 91ff.

[5] PrOVG. 7. Nov. 04 u. 18. Juni 08, Entsch. 46, 355ff.; 52, 374ff.

[6] PrOVG. 8. Okt. 06, Entsch. 50, 356ff. [7] PrOVG. 16. Mai 88, Entsch. 16, 48ff.

Zweifelloser Schutz subjektiven Rechtes liegt demgegenüber vor, wenn dem Beteiligten zu seinem Vorteil die Macht verliehen ist, durch Klage ein ihm günstiges Urteil zu erzwingen. In den wichtigsten Fällen, dem Steuerrecht und dem Polizeirecht, ist dies auch ausdrücklich vorgesehen, und wenn es nicht ausdrücklich vorgesehen ist, wie in Sachsen, so wird die Voraussetzung einer Verletzung subjektiven Rechtes von der Rechtsprechung doch als selbstverständlich betrachtet[1]. „Dem Abgabepflichtigen steht gegen die Heranziehung (Veranlagung) zu Gebühren, Beiträgen, Steuern und Naturaldiensten der Einspruch" und dann Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu, also nur dem in seinem Rechte auf nicht übermäßige Heranziehung Gekränkten[2]. Voraussetzung für die Erhebung der Klage gegen eine polizeiliche Verfügung ist, daß sie den Kläger „in seinen Rechten verletze" (§ $127^{III}$ 1 LVG.)[3]. Daß diese Voraussetzung nur im Zusammenhang mit der „Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung des bestehenden Rechts" genannt wird, nicht auch mit der unrichtigen Würdigung der Tatsachen, ist längst als Redaktionsversehen erkannt worden[4]. Thüringen vermeidet den Fehler dadurch, daß es die Verletzung des Klägers in seinen Rechten als allgemeine Voraussetzung für die Erhebung der Anfechtungsklage vor die beiden Anfechtungsgründe: Gesetzwidrigkeit und Sachwidrigkeit gesetzt hat (§ $128^{I}$ LVO.).

4. Eine das subjektive Recht eines einzelnen berührende Rechtsfrage entscheiden kann auch der Minister oder eine sonstige Verwaltungsbehörde, ohne daß sie dadurch zu Verwaltungsgerichten würden. Zur Verwaltungsrechtspflege gehört noch das **Streitverfahren,** in dem die Entscheidung ergeht. Damit es zum Streitverfahren kommen kann, bedarf es aber einer Mehrheit von Trägern des Streites. Innere Meinungsverschiedenheiten einer Behörde eignen sich nicht für den Austrag vor den Verwaltungsgerichten.

Von der im Zivilprozeß üblichen Dreizahl von Streitbeteiligten: Kläger, Beklagter, Gericht, gibt es im Verwaltungsstreitverfahren sicher immer den ersten und den letzten. Ohne Kläger kein Verwaltungsstreitverfahren, das Verwaltungsgericht bedarf immer eines förmlichen Anstoßes — Klage, Antrag, Rechtsbeschwerde —, um tätig werden zu können. Auch ein Gericht gehört unbedingt zum Verwaltungsstreitverfahren. Allerdings steht es dem Gesetze frei, eine Behörde der aktiven Verwaltung als Verwaltungsgericht zu bezeichnen, aber die Rechtsstaatsidee verlangt organisatorische Trennung des Verwaltungsgerichts von der Verwaltung wenigstens im höchsten Rechtszuge, vor allem dann, wenn die Verwaltung selbst Partei ist. Wenn § $11^{II\,2}$ EG.GVG. die Vorentscheidung über Beamtendelikte dem Reichsgericht übertragen wissen will, es sei denn, daß in dem in Betracht kommenden Lande „ein oberster Verwaltungsgerichtshof" besteht, so genügt ein ausschließlich aus Beamten eines Ministeriums zusammengesetzter „Verwaltungsgerichtshof" diesem Erfordernis nicht. So bleibt noch die Frage nach dem Beklagten. Sicher gibt es Verwaltungsstreitsachen, wo die Annahme des Vorhandenseins eines Beklagten keinem Bedenken begegnet. Ein zu Unrecht zum Brückenbau Herangezogener klagt seine Ersatzforderung gegen den wegebaupflichtigen Kreisverband ein, oder ein Fürsorgeverband verlangt klagend die Übernahme eines Hilfsbedürftigen durch den endgültig verpflichteten Fürsorgeverband. Hier haben wir offenbar Kläger und Beklagten. Wie aber, wenn Klage auf Aufhebung einer behördlichen Verfügung erhoben wird? Wenn jemand im Zivilprozeß Berufung gegen ein ihm ungünstiges Urteil einlegt, ist das Landgericht, dessen Urteil er anficht, nicht Partei, auch nicht der Staat, in dessen Namen das Landgericht das Urteil gefällt hat. Also liegt der Gedanke nahe, auch bei den Anfechtungsklagen die Parteieigenschaft des Staates zu leugnen. Otto Mayer tut es aus seiner Abneigung gegen die Anerkennung

---

[1] Vgl. K. Apelt Sächs.G. ü. VRPfl.[2] 1911 S. 51ff. [2] Pr. KAbgG. § $69^{I}$.
[3] Ähnlich PolG. 1931 § $45^{I}$. Wegen des Kreises der hiernach Beteiligten vgl. oben S. 295.
[4] Gesetz, Gesetzesanwendung S. 117f. N. 28; Bühler Subj. Rechte 1914 S. 308ff.

subjektiver Rechte des Staates heraus; er räumt der als Vertreterin des Staates auftretenden Behörde nur Zuständigkeiten, keine Parteirechte ein[1]. Einige Staaten kennen denn auch bei Klagen gegen den hoheitlichen Staat keinen Beklagten, sondern nur einen Vertreter des öffentlichen Interesses, in Bayern einen Staatsanwalt, der, am gleichen Tische wie die Richter sitzend, schon äußerlich den Abstand von einer gewöhnlichen Partei wahrt. Preußen und ihm folgend eine Reihe anderer Länder schrecken aber vor der Möglichkeit eines Verklagens der Staatsbehörde, die den anzufechtenden Akt erlassen hat, nicht zurück. Bei der Anfechtung einer ortspolizeilichen Verfügung ist also die Klage gegen den Bürgermeister, Polizeipräsidenten oder Amtsvorsteher zu richten, und diese Behörden treten im Verwaltungsstreitverfahren auch wie sonstige Parteien auf; namentlich können sie Rechtsmittel einlegen wie jeder andere Beklagte. Daneben gibt es auch in Preußen die Einrichtung eines Kommissars zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses, der einer Behördenpartei beigegeben werden kann und dann in der mündlichen Verhandlung zu hören ist (LVG. § $74^{II}$). Bezeichnet das Gesetz die Behörde nicht, „welche die Rolle des Klägers oder des Beklagten wahrzunehmen hat", so ist ein solcher Kommissar mit vollen Parteirechten zu bestellen (§ $74^{III}$). Dies Verhandeln der Behörde auf gleich und gleich mit dem Bürger wird von allen Beteiligten als eine glückliche Einrichtung empfunden. Denn der Amtsvorsteher kennt die Verhältnisse meist besser als ein vom Regierungspräsidenten zu ernennender Kommissar, kann auch leichter einlenken als ein die Dinge nur aus den Akten kennender Beamter.

Für die Prozeßvertretung der Parteien gelten im allgemeinen die gleichen Regeln wie im Zivilprozeß, doch gilt der Anwaltszwang auch beim höchsten Verwaltungsgericht des Landes nicht überall, z. B. auch in Preußen nicht. Seit 1926 sind im preußischen Verwaltungsstreitverfahren den Rechtsanwälten die so benannten Verwaltungsrechtsräte gleichgestellt[2], Personen, welche die Befähigung zum preußischen höheren Verwaltungsdienst oder zum Richteramt erlangt haben, danach zwei Jahre in der Verwaltung des Preußischen Staates, preußischer Gemeinden oder Gemeindeverbände oder in einer Kirchenverwaltung oder als preußische Verwaltungsrichter tätig gewesen und in eine beim OVG. zu führende Liste der Verwaltungsrechtsräte eingetragen sind. Die Eintragung kann nur aus bestimmten Gründen versagt werden. Da der Anwaltszwang fehlt, bedeutet ihre Zulassung nur, daß sie von den Verwaltungsgerichten nicht zurückgewiesen werden dürfen.

Auch andere Vorschriften der ZPO. über Rechte und Pflichten der Parteien gelten im Verwaltungsstreitverfahren sinngemäß oder kraft ausdrücklicher Anordnung. So gibt es auch hier die Einrichtung der notwendigen Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO.) mit der Folge, daß bei Versäumung einer Frist der säumige Streitgenosse als durch den nicht säumigen vertreten anzusehen ist. Die Polizei untersagt einem Paare das Zusammenleben in wilder Ehe, der Mann ficht an, die Frau läßt die Anfechtungsfrist verstreichen Da die Zulässigkeit der Verfügung nur einheitlich festgestellt werden kann, kann sich die Frau auch nachträglich noch am Verfahren beteiligen[3].

5. Den Schlußstein des bürgerlichen Rechtsstreits bildet das **rechtskräftige Urteil.** Es ist eine viel erörterte Frage, ob auch das verwaltungsgerichtliche Urteil der Rechtskraft im vollen Umfange fähig ist.

a) Rechtskraft. Ein Gericht verurteilt z. B. den Beklagten, dem Kläger eine Sache als ihm gehörig herauszugeben. Welche Wirkungen des Urteils hat

---

[1] OTTO MAYER I S. 147ff.

[2] G. v. 25. Mai 26. Dazu GÖRRES, FRIEDLÄNDER u. a. JW. 1926 S. 2264ff.; GLÜCKSMANN DJZ. 1927 Sp. 353ff.; FRHR. v. DUNGERN RVerwBl. 49 (1928) S. 373ff.; LUDWIG Verwaltungsrechtsräte 1929.

[3] SächsOVG. 24. Jan. 24, Jahrb. 29, 162f.

man im Auge, wenn man von dessen Rechtskraft spricht? Einmal seine Vollstreckbarkeit; da es aber auch vorläufig vollstreckbare, nicht rechtskräftige Urteile gibt, ist die Vollstreckbarkeit kein die Rechtskraft kennzeichnendes Merkmal. Dann seine Unanfechtbarkeit; ein rechtskräftiges Urteil kann nur im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt werden (ZPO. §§ 578ff.). Auch die Verwaltungsrechtspflegegesetze lassen es hier meist einfach bei den Vorschriften der ZPO. über die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage bewenden (z. B. LVG. § 100, thür. LVO. § $146^{I}$). Diese Gründe für eine Wiederaufnahme des Verfahrens aber sind Verfahrensmängel schwerster Art, verbrecherische Einwirkungen auf das Urteil und nachträgliches Auffinden eines älteren Urteils oder einer Beweisurkunde. Eine Partei wird z. B. versehentlich auf 11½ Uhr statt 9½ Uhr geladen. Als sie, nach der Ladung rechtzeitig, erscheint, ist das Urteil gegen sie schon ergangen. Hier kann sie die Nichtigkeitsklage erheben, weil sie „in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war“ (ZPO. § $579^{I\,4}$)[1].

Diese grundsätzliche Unanfechtbarkeit wirkt aber auch auf das dem Urteile zugrunde liegende „materielle“ Rechtsverhältnis zurück und führt dann zur sog. materiellen Rechtskraft. Angenommen, der Beklagte habe in jenem Beispiel die Sache urteilsgemäß an den Kläger herausgegeben, so könnte er auf den Gedanken kommen, seinerseits Klage auf Rückgabe der Sache zu erheben, da sie in Wahrheit ihm gehöre. Da auf diese Weise der Streit nie zur Ruhe kommen würde, erwägt man so: die Unanfechtbarkeit des ersten Urteils darf nicht dadurch umgangen werden, daß man die streitig gewesene Frage in einem neuen Prozesse aufrollt, vielmehr darf ein später urteilendes Gericht keine Entscheidung fällen, die inhaltlich, „materiell“, vom ersten Urteil abweicht. In unserem Beispiel bedeutet dies, daß der Kläger, selbst wenn er früher nicht Eigentümer der Sache war, es durch das Urteil geworden ist vorbehaltlich der Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens. Die Frage ist dann nur noch, ob die Rechtskraft unbedingt, „absolut“ wirkt, ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien, oder ob sie der siegreichen Partei nur ein Recht gibt, auf das sie nach Gutdünken verzichten kann („relative“ Rechtskraft). Die herrschende Lehre spricht sich im Zivilprozeß für die absolute Rechtskraft aus[2].

Ähnliche Erwägungen führen auch im Verwaltungsstreitverfahren zur Bejahung der materiellen Rechtskraft des Urteils, selbst wenn die Gesetze darüber schweigen[3]. Wenn nach mühseligen Verhandlungen der beklagte Kreisverband zur Erstattung der von einem Privaten verausgabten Wegeunterhaltungskosten verurteilt worden ist, wenn das Verwaltungsgericht die Öffentlichkeit eines Weges, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der hamburgischen oder bremischen Staatsangehörigkeit festgestellt hat, so können derartige Urteile eine gleiche Wirkung auf das materielle Rechtsverhältnis beanspruchen wie Urteile der ordentlichen Gerichte. Die Rechtsprechung verfährt auch demgemäß. Eine Kirchengemeinde klagt z. B. gegen den Patron auf Tragung der Kosten für die Herstellung eines Brunnens auf dem Küsterschulgehöfte; der Patron legt ein älteres rechtskräftiges Feststellungsurteil vor, das seine Baulast verneint, und erzwingt dadurch Abweisung der zweiten Klage[4]. Nach § $8^{II}$ der preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907 hat der Inhaber eines Jagdbezirkes einen Anspruch darauf, daß ihm gewisse Grund-

[1] Anders merkwürdigerweise PrOVG. 6. Febr. 13, Entsch. 63, 473 f.

[2] Vgl. HELLWIG System d. Deutschen Zivilprozeßrechts I 1912 S. 782; ROSENBERG Lehrbuch² 1929 S. 490.

[3] Nach WürttVGH. 21. Sept. 10, WüRV. 3 (1910) S. 387, ist die Bejahung eine Selbstverständlichkeit. Vgl. noch BAH. 17. Okt. 28, Entsch. 70, 17ff. (Klagabweisung). Auch die ObPrüfSt. f. Schund- u. Schmutzschriften, eine gerichtsähnliche Behörde, läßt jetzt die Wiederholung eines rechtskräftig abgewiesenen Antrags auf Aufnahme einer Schrift in die Liste der Schmutzschriften nicht mehr zu: 11. Febr. 30, JW. 1930 S. 1772f.

[4] PrOVG. 6. Febr. 14, Entsch. 66, 244ff.

flächen zur Abrundung seines Jagdbezirkes angeboten werden. Ist aber der Anspruch einmal rechtskräftig abgewiesen worden, dann steht der erneuten Geltendmachung der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen[1]. Auch die rechtskräftige Freistellung von einer für eine Schankerlaubnis zu entrichtenden Steuer macht die nochmalige Heranziehung zur gleichen Steuer für den gleichen Vorfall unmöglich[2]. Darüber, ob die Rechtskraft unbedingt wirkt oder nur auf Geltendmachung hin berücksichtigt wird, hatte das OVG. keinen Anlaß, sich auszusprechen. Das Gegebene ist auch hier die absolute Rechtskraft. Das sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900 (§ 61) und ihm folgend die thüringische LVO. (§ 112) enthalten scheinbar Anklänge an die relative Rechtskraft, wenn es dort heißt: „Das rechtskräftige Urteil bindet für den Streitgegenstand außer den Parteien sowohl die Verwaltungsgerichte als auch die Verwaltungsbehörden, und zwar diese mit der Wirkung, daß sie gegen den Willen der Parteien nichts verfügen können, was davon abweicht." Doch läßt der Satz auch die Deutung zu, daß ein rechtskräftiges Urteil späteren Änderungen des Rechtsverhältnisses nicht im Wege stehen soll, wenn alle Beteiligten damit einverstanden sind. Jedenfalls ist es gut, der sächsischen Vorschrift nicht allzu großes Gewicht beizulegen, da sich ihre Verfasser der Problematik der ganzen Frage nicht voll bewußt gewesen sein dürften.

Nicht ganz einfach liegt die Frage der Rechtskraft des auf Anfechtungsklage ergehenden Urteils. Betrachten wir die vier Hauptfälle. Die Polizeibehörde befiehlt, das Verwaltungsgericht weist die dagegen erhobene Klage ab. Hier steht rechtskräftig fest, daß die Polizeibehörde die Verfügung erlassen durfte; eine spätere Aufhebung der Verfügung durch die Behörde selbst ist zulässig, ähnlich wie der im Zivilprozesse siegreiche Kläger auf die ihm rechtskräftig zugesprochene Forderung verzichten kann; Dauerverfügungen muß die Behörde sogar aufheben, wenn neue Tatsachen dem Betroffenen ein Recht auf Aufhebung geben[3]. Zweiter Fall: die Polizeibehörde versagt die beantragte Erlaubnis, das Verwaltungsgericht hebt auf. Bei der erneuten Prüfung und Entscheidung darf die Polizeibehörde nicht aus dem vom VG. mißbilligten Grunde noch einmal versagen. Dritter Fall: die Polizeibehörde befiehlt, das VG. hebt auf. Soweit die Behörde mit Rücksicht auf bestimmte, in der Vergangenheit liegende Tatsachen eingeschritten war, die nach Ansicht des VG. das Einschreiten nicht rechtfertigen, bindet das Urteil die Behörde. Beim Einschreiten gegen fortdauernde polizeiwidrige Zustände dagegen entsteht die Befugnis der Polizei zum Einschreiten von Tag zu Tag neu, das Urteil hindert daher nicht ein erneutes Einschreiten. Endlich der vierte Fall: die Behörde versagt die beantragte Erlaubnis, das VG. weist die gegen die Versagung erhobene Klage zurück. Jetzt steht rechtskräftig nur fest, daß die Behörde zur Versagung der einen beantragten Erlaubnis befugt war. Einem erneuten Antrag kann sie ohne weiteres stattgeben. Ja sie kann, wenn sie wieder ablehnen will, sich nicht einmal auf die Rechtskraft der ersten Ablehnung berufen, sofern sie nicht wegen einer bestimmten vor der ersten Ablehnung liegenden Tatsache abgelehnt hatte, da mit Stellung des zweiten Antrags ein neues Rechtsverhältnis entsteht, das noch nicht Gegenstand des ersten Verwaltungsstreitverfahrens war[4]. Das erste Urteil hat nur ausgesprochen, daß z. B. am 1. April 1926 kein Anspruch auf Baugenehmigung bestand, nicht aber, daß ein solcher Anspruch bei erneutem Antrag auch am 1. November 1926 nicht bestehen wird. An anderer

[1] PrOVG. 23. Apr. 14, Entsch. 67, 359ff.; vgl. auch PrOVG. 27. Mai 20 u. 8. Apr. 26, Entsch. 76, 397ff. u. 81, 363ff.

[2] PrOVG. 31. März 14, Entsch. 66, 55ff.

[3] Vgl. PrOVG. 12. Dez. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 499f.

[4] Vgl. PrOVG. 26. Febr., 9. Juli 25 u. 10. Jan. 29, JW. 1926 S. 1069, 2651f., RVerwBl. 50 (1929) S. 270; ThürOVG. 14. Okt. 22, Jahrb. 9, 88f.; OldOVG. 13. Juli 11, OldZ. 38 (1911) S. 414ff. — Abweichend BraunschwVGH., z. B. 20. Sept. 11, BraunschwZ. 59 (1912) Beil. S. 31f.

Stelle (S. 191f.) wurde gezeigt, daß im öffentlichen Rechte neue Rechtsverhältnisse vielfach durch einseitigen Antrag entstehen und daß man Parallelen zum Privatrecht nur ziehen darf, wenn man hier einen späteren privatrechtlichen Vertrag die Funktionen ausüben läßt, die im öffentlichen Recht dem einseitigen Antrag zukommen.

Die Rechtskraft des verwaltungsrechtlichen Urteils legt die Frage nahe, ob es auch eine Rechtskraft von Verfügungen der Verwaltungsbehörden gibt. Die Frage ist mit der früher erörterten (oben S. 279ff.) der Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten nicht zu verwechseln. Es handelt sich vielmehr darum, ob die Behörde, die eine anfechtbare Verfügung erlassen hat, nach Ablauf der Anfechtungsfrist sich auf die Rechtskraft der Verfügung ebenso berufen kann, wie wenn letzte durch verwaltungsgerichtliches Urteil bestätigt worden wäre. Sie befiehlt z. B. Zudeckung eines Brunnens. Der Eigentümer rührt sich nicht, ficht auch die Verfügung nicht an. Später erläßt die Behörde eine Verfügung gleichen Inhalts, ohne die erste damit zurückzuziehen. Gegen diese „wiederholte“ Verfügung erhebt der Eigentümer verwaltungsgerichtliche Klage. Wenn die Festsetzung von Anfechtungsfristen überhaupt einen Sinn haben soll, so kann die Behörde Abweisung der Klage wegen Rechtskraft der ersten Verfügung verlangen[1]. Der Fall liegt also nicht anders, als wenn die erste Verfügung nicht durch Zeitablauf, sondern durch verwaltungsgerichtliche Bestätigung rechtskräftig geworden wäre. Der Unterschied zeigt sich erst bei der begünstigenden Verfügung. Die Behörde erteilt eine Erlaubnis, später ist sie der Ansicht, sie habe dies nicht tun dürfen, und will die Erlaubnis zurücknehmen. Das darf sie im allgemeinen (oben S. 282), wenn sich kein Verwaltungsgericht mit der Sache befaßt hatte. Hat sie dagegen die Erlaubnis auf Grund eines die Versagung aufhebenden verwaltungsgerichtlichen Urteils erteilt, so darf sie nicht widerrufen, da das Verwaltungsgericht an seine frühere Auffassung gebunden wäre und auf erneute Klage den Widerruf aufheben müßte.

b) Grenzen der Rechtskraft. Das verwaltungsgerichtliche Urteil hat gleich dem zivilprozessualen Rechtskraftwirkungen nur im Verhältnis zu einem bestimmten Gegenstand und zu bestimmten Personen (objektive und subjektive Grenzen der Rechtskraft).

Die objektiven Grenzen der Rechtskraft sind durch den Satz gegeben, daß dieselbe Sache vorliegen muß, wenn die Rechtskraft Platz greifen soll[2]. Die Entscheidungsgründe nehmen an der Rechtskraft hier ebensowenig teil wie im Zivilprozeß. Daher ist es dem Minister unbenommen, gegen die in einem Einzelfalle zutage getretene Rechtsauffassung des OVG. Stellung zu nehmen und die nachgeordneten Behörden anzuweisen, jener Rechtsauffassung die Gefolgschaft zu versagen, in der Hoffnung, das OVG. werde in einem zweiten Falle anders entscheiden als im ersten[3]. Oder ein Erstattungsfall. Verlangt z. B. ein zum Straßenbau Herangezogener von der Gemeinde Erstattung der Kosten einer bestimmten Ausbesserung und wird er mit der Klage abgewiesen, da er und nicht die Gemeinde baupflichtig sei, so ist doch nur die eine Erstattungsfrage rechtskräftig entschieden, nicht die Frage der Wegebaupflicht überhaupt. Diese Frage kann also in einem späteren

[1] Vgl. SCHULTZENSTEIN Die Verwaltungsklage gegen wiederholte polizeiliche Verfügungen, VerwArch. 9 (1901) S. 95ff.; PrOVG. 14. März 12, Entsch. 61, 185ff.; WürttVGH. 29. Jan. 02 u. 4. Mai 27, WürttJ. 14 (1903) S. 103ff. u. WüRV. 21 (1928) S. 90ff.; Braunschw. VGH. 28. Juni 05, BraunschwZ. 52 (1905) Beil. I S. 63f.; BremVG. 25. Apr. 27, HansRZ. 1927 Sp. 433f. Vgl. auch RG. III 9. Okt. 28, RGZ. 122, 94ff. (Beschluß des BezAussch. nach § 7 PrKommBeamtG.), dazu COESTER VerwArch. 35 (1930) S. 117ff. Über die Möglichkeit einer Zurücknahme der Verfügung und ihrer erneuten Erlassung vgl. oben S. 282 N. 1.

[2] Vgl. PrOVG. 27. Mai 20, Entsch. 76, 397ff.; BadVGH. 7. Juli 14, BadVerwZ. 1914 S. 217ff.; BAH. 19. Jan. 31, Entsch. 77, 201ff.

[3] Gegen solche „Urteilsschelten“ KOELLREUTTER, ArchÖffR. 56 (1929) S. 416ff., in einem vielbesprochenen thüringischen Falle. Solange aber den Urteilen des OVG. die Gesetzeskraft mangelt, hat die Regierung das gute Recht, Kritik an ihnen zu üben. Vgl. auch WILHELMI DJZ. 1930 Sp. 756ff. (mit weiteren Hinweisen) u. WASSERMANN „Arbeitsrecht“ 17 (1930) Sp. 43ff.

Verfahren erneut geprüft werden[1]. Auch ein Wechsel im Gesichtspunkt macht die Sache zu einer anderen. Nach § 53 GewO. können Gewerbegenehmigungen wegen Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit, wegen berufswidriger Handlungen und Unterlassungen dauernd zurückgenommen werden. In Preußen geschieht die Zurücknahme im Verwaltungsstreitverfahren (§§ 119f. ZustG.). Der Polizeipräsident erhebt Klage aus dem zweiten Grunde und wird rechtskräftig abgewiesen, dann erhebt er Klage wegen Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte. Da nicht *eadem causa* vorliegt, steht der zweiten Klage die Rechtskraft des ersten Urteils nicht im Wege[2]. Endlich kann die Neuheit des Gegenstandes auch darin liegen, daß ein neues, das Rechtsverhältnis berührendes Gesetz rückwirkend eingeführt wird. So war jemand durch das OVG. von einer Gemeindesteuer freigestellt worden, daraufhin wurde eine Steuerordnung rückwirkend beschlossen; das OVG. verwarf im zweiten Verfahren die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache[3].

Für die subjektiven Grenzen der Rechtskraft gilt auch im Verwaltungsstreitverfahren der Satz, daß das Urteil bindende Wirkung nur zwischen den Parteien hat. Allerdings kann diese zwischenparteiliche Bindung auch nach außen wirken, wenn nämlich das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis den Tatbestand für weitere Rechtsverhältnisse bildet. So ist das zwischen Staat und einzelnem ergangene Urteil über den Besitz der von diesem behaupteten Staatsangehörigkeit seiner Natur nach in seinen Wirkungen nicht auf die beiden Parteien beschränkt[4], da alle gesetzlichen Bestimmungen, die von der Staatsangehörigkeit eines Menschen Rechte und Pflichten abhängig sein lassen, eben auf dieses zweiseitige Rechtsverhältnis: Zugehörigkeit eines Menschen zu einem Staate verweisen. Doch sind solche Fälle die Ausnahme. Klagt ein Privatmann gegen den Kreisverband auf Erstattung verauslagter Wegebaukosten und weist ihn das Verwaltungsgericht rechtskräftig ab, da nicht der Kreis, sondern die Provinz erstattungspflichtig sei, so bindet das Urteil die Provinz nicht. Erhebt der Private Klage gegen sie, so kann das VG. die Klage abweisen, da der Kreis und nicht die Provinz oder da der Kläger selbst wegebaupflichtig sei. Dem Kläger muß daher daran gelegen sein, die Provinz durch das erste Urteil zu binden. Er kann dies dadurch erreichen, daß er den Kreis und die Provinz als Streitgenossen verklagt, allerdings auf die Gefahr hin, wenigstens dem einen Beklagten gegenüber mit der Klage abgewiesen zu werden. Tritt die Möglichkeit einer Erstattungspflicht der Provinz erst im Laufe des Verfahrens zu Tage, so würde im Zivilprozeß die Rechtseinrichtung der Streitverkündung von Bedeutung werden (ZPO. § 72). Im Verwaltungsstreitverfahren gibt es diese Möglichkeit nicht, doch ist es wenigstens in das Ermessen des Gerichts gestellt, auf Antrag oder von Amts wegen die Beiladung Dritter, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, zu verfügen[5]. „Die Entscheidung ist in diesem Falle auch den Beigeladenen gegenüber gültig" (LVG. § 70). Darüber hinaus kennt die thüringische LVO. zwar nicht dem Namen, aber der Sache nach die Einrichtung der Nebenintervention. „Ist die Entscheidung für einen an dem Verfahren nicht beteiligten Dritten von rechtlicher Bedeutung, so kann dieser durch schriftliche Erklärung dem Verfahren als Kläger oder Beklagter beitreten" (§ 82[1]). Auch die Beiladung oder, wie sie hier heißt, die „Einbeziehung" ist in Thüringen anders geregelt als in Preußen, da der Widerspruch des Klägers die Einbeziehung eines weiteren Beklagten unmöglich macht.

**6. Grundzüge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.** Das verwaltungsgerichtliche Verfahren hat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem in der ZPO. geregelten

[1] PrOVG. 26. Sept. 12, Entsch. 64, 484ff.
[2] Ein ähnlicher Fall in PrOVG. 26. Jan. 22, Entsch. 77, 435ff.
[3] PrOVG. 30. Mai 16, Entsch. 71, 158ff.
[4] Rechtszeugnis des HansOLG. in HansRGZ. A 1928 Sp. 742f.
[5] Vgl. BAH. 21. Jan. 28, Entsch. 67, 208ff. Über die Stellung des Beigeladenen PrOVG. 22. Dez. 13, Entsch. 66, 394ff.

Verfahren. Auf eine Reihe von Vorschriften der ZPO. weisen die Verwaltungsrechtspflegegesetze sogar ausdrücklich hin, andere gelten sinngemäß[1]. Namentlich unterscheidet sich das Verfahren von dem die freiwillige Gerichtsbarkeit beherrschenden Beschluß- und Beschwerdeverfahren dadurch, daß die Parteien bis zur Fällung des Urteils an der Herausarbeitung des für die Entscheidung wesentlichen Rechts- und Tatsachenstoffes tätig beteiligt sind oder wenigstens, wenn sie es wollen, tätig beteiligt sein können. Die mündliche Verhandlung gilt nämlich nicht als unbedingter Grundsatz im Verwaltungsstreitverfahren. So kann z. B. in Preußen der Kreisausschuß oder der im ersten Rechtszuge tätige Bezirksausschuß die Entscheidung ohne Anberaumung eines Termins in der Form eines mit Gründen versehenen Bescheids fällen. Aber keine Partei braucht sich dies gefallen zu lassen. Hat auch nur eine Partei die Anberaumung der mündlichen Verhandlung gefordert, so muß das Gericht dem Antrage stattgeben (LVG. §§ 67, 68). Im Gegensatze zum Zivilprozeß fehlt aber den Parteien die volle Verfügungsgewalt über den Prozeßstoff, das Verfahren ist viel mehr Amtsverfahren als Parteiverfahren[2]. Zwar wird niemand zur Klage gezwungen; hat er aber einmal Klage erhoben, dann ist er nur noch in beschränktem Maße Herr des Verfahrens. Schon bei der Zustellung der Klage an den Beklagten zeigt es sich; sie wird durchweg vom Gerichte verfügt, der Parteibetrieb scheidet hier völlig aus. Das sächsische Gesetz, das z. B. auch in der Gestattung der Änderung einer Entscheidung zum Nachteil des Rechtsmittelklägers den Amtsbetrieb ungewöhnlich stark betont (§ 25$^{\text{I}}$), läßt bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses die Klagezurücknahme nur mit Einwilligung des Gerichtes zu (§ 35$^{\text{I}}$). Vor allem prüft das Gericht alles Vorgebrachte von Amts wegen. Behauptet im Zivilprozeß der Kläger eine Tatsache und widerspricht der Beklagte nicht, so muß das Gericht die Behauptung des Klägers als wahr hinnehmen; im Verwaltungsstreitverfahren kann das Gericht, wenn es von der Wahrheit des Vorgebrachten nicht überzeugt ist, ungeachtet des Einverständnisses der beiden Parteien Beweis erheben. Und doch gibt es auch im Verwaltungsstreitverfahren Regeln über die Beweislast, da auch hier Regeln für ein *non liquet* erforderlich sind, wenn der Richter gezwungen sein soll, ein Urteil zu fällen[3]. Ein angeblich öffentlicher Weg führt über ein privates Grundstück, das Gericht ist nach Sachlage weder überzeugt, daß der Weg öffentlich, noch, daß er nichtöffentlich ist. Da das Gericht nicht einfach Einstellung des Verfahrens wegen Zweifelhaftigkeit der Rechts- und Sachlage beschließen kann, muß es eine Regel geben, wer die Zweifelhaftigkeit gegen sich gelten lassen muß: der sich auf die Öffentlichkeit oder der sich auf die Nichtöffentlichkeit Berufende. Wenn das preußische OVG. sich für die erste Möglichkeit entscheidet, so heißt das nichts anderes, als daß die Beweislast den trifft, der sich auf die Öffentlichkeit beruft[4]. Der Amtsbetrieb verbietet ferner die bindende Kraft eines Parteieides[5], eines Anerkenntnisses[6], bei einer gegen die Versagung einer Ansiedelungsgenehmigung gerichteten Klage das Hinweggehen über die Frage, ob die Genehmigung überhaupt nötig war[7]. Auch der für das Urteil des Zivilprozesses notwendige „Tatbestand", der „rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert" (ZPO. § 314), ist eben wegen der geringen Erheblichkeit des Parteivorbringens kein Erfordernis des verwaltungsgerichtlichen Urteils[8]. Vor allem aber kennt das Ver-

[1] Vgl. z. B. PrOVG. 10. Apr. 24, Entsch. 79, 280ff. (Widerklage); BadVGH. 15. Jan. 18, BadVerwZ. 1918 S. 88f. (Zwischenurteil).

[2] Eine tabellarische Übersicht der Abweichungen des Steuerverwaltungsstreitverfahrens von der ZPO. bei Bühler Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 hinter S. 416.

[3] Vgl. Friedrichs VRPfl. II 1921 S. 850ff.

[4] PrOVG. 25. Sept. 16, PrVerwBl. 38 (1917) S. 447f. Ebenso WürttVGH. 14. Mai 24, WüRV. 17 (1924) S. 124ff.

[5] Hierzu die kritischen Bemerkungen von Friedrichs a. a. O. S. 915ff.

[6] PrOVG. 20. Mai 15, Entsch. 69, 447ff.

[7] PrOVG. 7. Dez. 11, Entsch. 61, 112ff.

[8] PrOVG. 15. Okt. 14, Entsch. 69, 439ff.

waltungsstreitverfahren keine Versäumnisurteile. Wohl „können" beim Ausbleiben einer Partei oder in Ermangelung einer von ihr abgegebenen Erklärung die von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen für zugestanden erachtet werden (LVG. § 79). Das dem Versäumnisurteil Eigentümliche ist aber der den Richter treffende formale Zwang zur Verurteilung oder Klagabweisung auf Antrag der erschienenen Partei, während er hier unter Umständen verpflichtet ist, im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden, falls er nämlich von der Unrichtigkeit dessen überzeugt ist, was die erschienene Partei vorbringt. Auch braucht der nicht erschienene Kläger nicht zu besorgen, die Klage werde schon wegen seines Nichterscheinens abgewiesen werden.

## II. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

Das gläubige Vertrauen des Bürgers darauf, daß es für alle Rechtsstreitigkeiten einen gerichtlichen Rechtsschutz geben müsse, kommt darin zum Ausdruck, daß er immer und immer wieder versucht, eine öffentlichrechtliche Streitigkeit auch dann vor die Verwaltungsgerichte zu bringen, wenn deren Zuständigkeit nicht gegeben ist. Denn dem Laien will der heute noch in dem größten Teile Deutschlands geltende Satz nicht einleuchten, daß sich auch in unzweifelhaft verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte durchaus nicht von selbst versteht. Wohl müssen im Reich und in den Ländern nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen (RV. Art. 107). Aber das „nach Maßgabe der Gesetze" läßt für die Ausführung des Grundsatzes einen weiten Spielraum.

Die neueren Verwaltungsrechtspflegegesetze begannen mit der Aufzählung einzelner, engbegrenzter, den Verwaltungsgerichten zuzuweisender Angelegenheiten (sog. Enumerationsmethode). So nannte das badische Gesetz vom 5. Oktober 1863 Streitigkeiten über Heimatrecht, Bürgernutzungen, Beitragspflichten, Bodenkultur, Jagd, Fischerei, Wassernutzung, Wahlrecht, Verbringung in eine polizeiliche Verwahrungsanstalt (§ 5), Teilnahme an Witwenkassen, Staatsabgaben, Staatsbürgerrecht, Kostenersatz bei polizeilichen Maßnahmen (§ 15). Im großen und ganzen herrscht diese Zuständigkeitsregelung durch Einzelaufzählung, wenn auch vielfach verbessert und namentlich durch die Einrichtung der an den Staatsgerichtshof zugelassenen Verfassungsbeschwerde gemildert[1], in Bayern. Das künftige Reichsverwaltungsgericht sollte nach den bisherigen Entwürfen ebenfalls mit nur spärlichen Zuständigkeiten ausgestattet werden.

Auch in Preußen gilt der Grundsatz der Einzelaufzählung, wie schon das Vorhandensein eines besonderen Zuständigkeitsgesetzes (vom 1. August 1883) vermuten läßt. Trotzdem ist der Rechtsschutz hier bedeutend besser geregelt als in den Ländern des soeben genannten Typs, weil es eine allgemeine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bei Anfechtung polizeilicher Verfügungen gibt (LVG. § 127). Man nennt das System daher das gemischte System. Es gilt auch in Baden, Hessen, den beiden Mecklenburg, Oldenburg, Braunschweig, Anhalt und Lippe. Daß es noch nicht die bestmögliche Lösung des Rechtsschutzgedankens darstellt, beweisen die zahlreichen Enttäuschungen, die das preußische OVG. dem Kläger durch Klagabweisung wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges bereiten mußte. So gibt oder gab es keine Klage gegen die Abweisung einer bergrechtlichen Mutung, gegen den über einen Feuerwehrmann verhängten Strafdienst, über die Gültigkeit der Wahlen zu Mitgliedern des Vorstandes eines Deichverbandes, die Zwangseinquartierung von Flüchtlingen durch den Gemeindevorsteher, die

[1] Bay. VerfUrk. § 93. Beispiele aus der Rechtsprechung des bay. StGH. in BayGemZ. 1927 Sp. 721ff.; BayVerwBl. 75 (1927) S. 423f.; 76 (1928) S. 17f., 104f.; 78 (1930) S. 396ff., 422ff.

Streichung des Adelsprädikats in einer Einbürgerungsurkunde[1]. Man braucht nur die Rechtsprechung in Ländern mit allgemeiner Zuständigkeitsklausel durchzulesen, um zu merken, wie rückständig der Rechtsschutz in Preußen auch heute noch ist. Die Klage eines Schülers auf Aufnahme in die Sexta[2], die Klage eines Gelehrten gegen die Zurückweisung von der Habilitation[3], die Klage auf Feststellung der Staatsangehörigkeit[4], gegen Entziehung der Doktorwürde[5], auf Hergabe eines verliehenen Ordens[6] z. B. würden in Preußen unzulässig sein[7]. Die Verwaltungsgerichte können auch nicht durch Verabredung der Parteien zuständig gemacht werden; eine solche vereinbarte Zuständigkeit sieht ganz vereinzelt § 3 der Verordnung über das Reichswirtschaftsgericht vom 21. Mai 1920 vor, für andere Verwaltungsgerichte hätte die Vereinbarung keine Wirkung[8].

Den Forderungen des Rechtsstaates wird allein die dritte mögliche Zuständigkeitsregelung gerecht: das System der Generalklausel. Mag es daneben auch noch einzeln aufgezählte Zuständigkeiten geben, den Kern des Gesetzes bildet nach den Gesetzen dieses Systems eine Vorschrift, derzufolge gegen Anordnungen der Verwaltungsbehörden die Anrufung der Verwaltungsgerichte gegeben ist, wenn nicht das Gesetz für bestimmte Fälle etwas anderes vorsieht. Die älteste Generalklausel in Deutschland findet sich im württembergischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 Art. 13[I]: Der VGH. entscheidet „vorbehältlich der hienach bezeichneten Ausnahmen über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn Jemand, sei es eine einzelne Person, ein Verein oder eine Korporation, behauptet, daß die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und daß er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei". Da es seit 1924 keine Kreisregierungen und folglich keine Verwaltungsgerichte im unteren Rechtszuge mehr gibt, ist die Bedeutung des Art. 13 als einer Generalklausel noch gesteigert worden. Ähnlich vollkommen ist der Rechtsschutz in Österreich, in Thüringen und in Lübeck. Auch Sachsen hat für die Erhebung der Anfechtungsklage eine, allerdings durch verschiedene Wenn und Aber stark abgeschwächte, Generalklausel, so daß Sachsen mehr in der Mitte zwischen Preußen und Württemberg steht[9]. Dagegen gilt in Hamburg und Bremen die Generalklausel in der denkbar vollendetsten Form. Während nämlich die bisher besprochenen Generalklauseln nur die Anfechtung behördlicher Verfügungen zulassen, entscheiden die Verwaltungsgerichte in Hamburg und Bremen[10] außerdem „in sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" (soll wohl heißen: „Verwaltungsrechts"). Nur in Hamburg und Bremen also hat § 13 GVG., wonach vor die ordentlichen Gerichte grundsätzlich alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören, ein vollwertiges öffentlichrechtliches Gegenstück. Es hängt dies bekanntlich damit

---

[1] PrOVG. 26. Apr. 23, 29. März 17, 4. Juli 16, 20. Dez. 17, 6. Mai 26, Entsch. 78, 399ff.; 72, 427f.; 71, 376ff.; 73, 436ff.; DJZ. 1926 Sp. 1714f.

[2] HambOVG. 3. Okt. 23, HansRZ. 1924 Sp. 112ff.

[3] ÖVGH. 14. Mai 24, Samml. (Adm. T.) 48, 194ff.

[4] BremVG. 5. Juli 26, HansRZ. 1926 Sp. 697ff.

[5] HambOVG. in HansRZ. 1927 Sp. 195f.

[6] HambVG. 29. Apr. 29, HansRGZ. A 1930 Sp. 38f.

[7] Über das Bestreben des PrOVG., die Unerfreulichkeit dieses Zustands nach Möglichkeit zu mildern, vgl. oben S. 255 zu N. 1 und unten §19 am Ende.

[8] PrOVG. 23. Mai 16, Entsch. 71, 364ff.

[9] Öst. Bundesverfassung von 1929 Art. 129, thür. LVO. §§ 126, 126d, 128, lüb. G. v. 6. Dez. 16 § 4, sächs. VRPflG. v. 19. Juli 00 §§ 73ff. Das ThürOVG. hat allerdings das unverkennbare Bestreben, seine Zuständigkeit möglichst eng auszulegen: 22. Dez. 26, 25. Mai, 5. Okt. 27 u. o. D., ThürRdsch. 4 (1926/27) S. 151f.; 5 (1927/28) S. 109, 121f.; 7 (1929/30) Sp. 335f.; Buchmann Anfechtungsklage 1929 S. 39ff.

[10] Hamb. G. v. 2. Nov. 21 § 9, brem. G. v. 6. Jan. 24 § 8.

zusammen, daß bis vor kurzem in Hamburg und Bremen zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Streitigkeiten überhaupt nicht unterschieden wurde, vielmehr beide Arten von Streitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte kamen. Auch die segensreiche Einrichtung der allgemein zugelassenen Feststellungsklage (oben S. 300f.), allerdings auch die unverkennbar privatrechtliche Tönung der hamburgischen Rechtsprechung erklären sich daraus.

## III. Arten der Verwaltungsrechtspflege.

**1.** Die Unterscheidung in **Parteistreitigkeiten** und **einseitige Verwaltungsrechtspflege** hat nur dort Bedeutung, wo bei Anfechtung behördlicher Verfügungen die Behörde nicht wie eine Partei behandelt wird. Parteistreitigkeiten sind dann die Streitigkeiten zwischen Gleichgeordneten, z. B. Klagen eines Fürsorge- oder Wegeverbandes gegen einen andern auf Erstattung verauslagter Beträge. Aber auch wo das Zweiparteiensystem unbedingt gilt, bestehen für die Anfechtung behördlicher Verfügungen durch Anrufung der Verwaltungsgerichte besondere Vorschriften. OTTO MAYER und gelegentlich vor ihm schon HÄNEL haben dies den Fall der Anfechtungsklage genannt[1]. Das preußische Recht spricht einfach von „Klage" (LVG. §§ 127, 128), das württembergische Recht[2] von „Rechtsbeschwerde". Das Wort „Anfechtungsklage" findet sich erstmals im sächsischen Gesetz (§ 73) und ist auch von der thüringischen LVO. aus früheren thüringischen Bestimmungen übernommen (§ 127).

**2.** Nahe verwandt mit der soeben gemachten Unterscheidung ist die in **ursprüngliche und nachträgliche Verwaltungsrechtspflege.**

Bei der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege kann der Beteiligte das Verwaltungsgericht ohne vorgängige Entscheidung einer Verwaltungsbehörde anrufen. Bei den Parteistreitigkeiten zwischen Gleichgeordneten ist dies die Regel, die Generalklausel in Hamburg und Bremen begünstigt die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege ganz allgemein. Meist ist es ein Privater, der die Klage erhebt. In Fällen, wo dem Gesetzgeber der Eingriff besonders hart erscheint, zwingt er aber mitunter auch die Verwaltungsbehörde zur Klage und bietet dadurch dem einzelnen einen vorgängigen gerichtlichen Rechtsschutz. So wäre es an sich das dem Staate Angemessene, wenn die Zurücknahme einer Gewerbegenehmigung oder einer Kleinbahnkonzession durch Verwaltungsakt einer Behörde ausgesprochen und die Rolle des Klägers dem Gewerbetreibenden oder der Kleinbahngesellschaft überlassen würde. In Preußen hat das Gesetz in diesen Fällen den Privaten ausnahmsweise günstiger gestellt; die Verwaltungsbehörde kann die Zurücknahme der Genehmigung und der Konzession nur durch Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage erreichen[3].

Bei Streitigkeiten aus einem Überordnungsverhältnis bildet sonst die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege die Regel. Erst soll sich die Verwaltungsbehörde mit der Sache befassen, vielleicht entscheidet sie so, daß jeder Anlaß für eine Klage fortfällt. Die Regel gilt in Deutschland so sehr, daß, wie an anderer Stelle gezeigt (S. 255), nicht einmal das Schweigen der Behörde innerhalb einer längeren Frist den Beteiligten zur Erhebung der Klage berechtigt, während in Frankreich in solchen Fällen viermonatiges Schweigen einem ablehnenden Bescheide gleichkommt. Die Voraussetzungen der Anfechtungsklage, denn um diese Klage handelt es sich hier wieder, sind in den einzelnen Ländern verschieden geregelt. Den für die Entwickelung der Rechtsprechung bedeutendsten Fall der Anfechtungsklage enthalten die preußischen Vorschriften über die Anfechtung polizeilicher Verfügungen (LVG. §§ 127ff.):

[1] OTTO MAYER I S. 158; HÄNEL im preußischen Abgeordnetenhause am 4. Nov. 80, Sten. Berichte S. 38.
[2] G. v. 16. Dez. 76, Überschrift vor Art. 59.
[3] ZustG. §§ 119, 120; Kleinbahnges. v. 28. Juli 92 § 25.

„§ 127. Gegen polizeiliche Verfügungen der Orts- und Kreispolizeibehörden findet, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich anderes bestimmt, die Beschwerde statt, und zwar:

a) gegen die Verfügungen der Ortspolizeibehörden auf dem Lande oder einer zu einem Landkreise gehörigen Stadt, deren Einwohnerzahl bis zu 10000 Einwohnern beträgt, an den Landrat und gegen dessen Bescheid an den Regierungspräsidenten;

b) gegen die Verfügungen der Ortspolizeibehörden eines Stadtkreises, mit Ausnahme von Berlin, einer zu einem Landkreise gehörigen Stadt mit mehr als 10000 Einwohnern, oder des Landrats an den Regierungspräsidenten, und gegen dessen Bescheid an den Oberpräsidenten;

c) gegen ortspolizeiliche Verfügungen in Berlin an den Oberpräsidenten.

Gegen den in letzter Instanz ergangenen Bescheid des Regierungspräsidenten beziehungsweise des Oberpräsidenten findet die Klage bei dem Oberverwaltungsgerichte statt.

Die Klage kann nur darauf gestützt werden:

1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze;

2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden.

.................................................................................

§ 128. An Stelle der Beschwerde in allen Fällen des § 127 findet die Klage statt und zwar:

a) gegen die Verfügungen der Ortspolizeibehörden auf dem Lande oder einer zu einem Landkreise gehörigen Stadt, deren Einwohnerzahl bis zu 10000 Einwohnern beträgt, bei dem Kreisausschusse;

b) gegen die Verfügungen des Landrats oder der Ortspolizeibehörden eines Stadtkreises oder einer zu einem Landkreise gehörigen Stadt mit mehr als 10000 Einwohnern bei dem Bezirksausschusse.

Die Klage kann nur auf die gleichen Behauptungen gestützt werden, wie die Klage bei dem Oberverwaltungsgerichte (§ 127 Abs. 3 und 4)."

§ 129 enthält Vorschriften über die Form der Anfechtung; die Anfechtungsfrist beträgt durchweg zwei Wochen. Von den polizeilichen Verfügungen des Regierungspräsidenten handelt § 130.

Die Zusammenstellung der §§ 127, 128 beleuchtet eine preußische Eigentümlichkeit. Der von einer polizeilichen Verfügung Getroffene hat die Wahl, ob er zunächst den Beschwerdeweg durchlaufen und dann klagen oder ob er sofort klagen will[1]. Welcher Weg für ihn vorteilhafter ist, wird sich noch zeigen.

Trotz des offensichtlichen Bestrebens, dem Bürger in seinem Kampfe gegen die Polizei zu helfen, kann der Gesetzgeber es nicht verhindern, daß die Klage bisweilen ungeprüft abgewiesen werden muß. Es müssen nämlich eine ganze Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein. Eine Verfügung muß vorliegen, d. h. ein bindender Verwaltungsakt, der z. B. einen Befehl, eine Versagung oder eine Strafandrohung enthält. Bloße Warnungen oder Belehrungen genügen nicht (oben S. 23f.). Polizeilich muß die Verfügung sein, das sind aber nicht alle von einer Polizeibehörde erlassenen Verfügungen, sondern nur solche, die es auch ihrem Gegenstande nach sind (unten S. 427); Anordnungen über die Verpflichtung zum Schulbesuch z. B. fallen nicht darunter[2]. Die Verfügung muß mindestens von einer Ortspolizeibehörde ausgegangen sein, also in den östlichen Provinzen und in Schleswig-Holstein auf dem Lande vom Amtsvorsteher. Für Verfügungen des Gemeindevorstehers gelten die Vorschriften nicht. Auch muß der Anfechtende in seinen Rechten verletzt sein, ein nur mit seinem Interesse Beteiligter ist nicht anfechtungsberechtigt. Der oben (S. 295) für die förmliche Beschwerde gezogene Kreis von Beteiligten scheidet auch hier die Anfechtungsberechtigten von Nichtberechtigten.

**3.** Die Verwaltungsrechtspflege kann man endlich einteilen in **volle und beschränkte Verwaltungsrechtspflege.**

---

[1] FRIEDRICHS, LVG. 1910 S. 299, 303, schlägt für die erste Art von Klagen den Ausdruck „Schlußklage", für die zweite Art den Ausdruck „Wahlklage" vor. — Vom 1. Okt. 31 an wird es nach PolG. 1931 §§ 45ff. nur noch einen Weg zur Anfechtung einer polizeilichen Verfügung geben: Beschwerde, gegen den abweisenden Beschwerdeentscheid Klage beim Bezirksausschuß, gegen dessen Entscheidung Revision beim OVG., gegen den abweisenden Beschwerdeentscheid eines Oberpräsidenten unmittelbar Klage beim OVG.

[2] Über Anordnungen der Polizeibehörde auf Ersuchen einer anderen Behörde vgl. S. 420f.

Die Unterscheidung hängt vor allem zusammen mit den drei Fragen, die ein Gericht möglicherweise zu prüfen hat: Rechtsfrage, Tatfrage, Ermessensfrage. Hat das Gericht ausnahmsweise alle drei Fragen zu prüfen, so liegt volle Verwaltungsrechtspflege vor. Dies ist in Preußen bei den nach Ermessen zu erteilenden Gewerbegenehmigungen der Fall (ZustG. § $115^{\mathrm{I\,b}}$), auch sonst sind den Verwaltungsgerichten vereinzelt Zweckmäßigkeitserwägungen anvertraut (S. 304).

Meist beschränkt sich aber die Tätigkeit des Verwaltungsgerichts auf die Prüfung der Rechtsfrage und der Tatfrage. Dies trifft vor allem für die preußische Klage gegen polizeiliche Verfügungen und für die sonstigen Anfechtungsklagen zu. Soll man daher einem von einer preußischen polizeilichen Verfügung Getroffenen raten, ob er besser zuerst den Beschwerdeweg beschreiten und dann beim OVG. klagen oder lieber sofort beim Kreisausschuß oder Bezirksausschuß Klage erheben soll (LVG. §§ 127, 128), so muß man sich für die erste Möglichkeit entscheiden. Denn im Beschwerdeverfahren wird auch die Ermessensfrage geprüft. Der Polizeipräsident ordnet z. B. die Schließung eines mit einem Universitätsinstitut verbundenen Kaffeeausschankes an, der Leiter des Instituts erhebt Beschwerde an den Regierungspräsidenten. Hier kann der Regierungspräsident erwägen, daß die Rechtslage zweifelhaft ist, daß aber vor allem eine von der gesamten Universität als sehr zweckmäßig empfundene Gelegenheit zur Aussprache und zur Erholung bei Aufrechterhaltung des Verbotes beseitigt würde, und aus diesem letzten Grunde das Verbot aufheben. Der unter Vermeidung des Beschwerdeweges als Verwaltungsgericht angerufene Bezirksausschuß würde solche Erwägungen nicht anstellen dürfen, sondern müßte das Verbot bestätigen, wenn es sich nach Sachlage durch das Gesetz rechtfertigen läßt. Die Gesetze der andern Länder unterscheiden sich vom preußischen Gesetze einmal dadurch, daß sie dem Beteiligten nicht die Wahl zwischen Beschwerde mit angehängter Klage und sofortiger Klage lassen, dann aber in einzelnen Ländern durch eine Beschränkung in der Nachprüfung der Tatfrage. So findet vor dem bayerischen VGH. in der Regel keine Beweisaufnahme statt; doch bleibt es dem Gerichtshof unbenommen, die Vervollständigung des Beweismaterials durch die Vorinstanzen zu veranlassen oder auch selbst Beweise zu erheben[1]. Im Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem württembergischen Verwaltungsgerichtshof können neue tatsächliche Behauptungen nur berücksichtigt werden, wenn die Behörde, gegen die sich die Beschwerde richtet, damit einverstanden ist; sonst steht es im Ermessen des VGH., entweder unter Nichtberücksichtigung des tatsächlichen Vorbringens zu entscheiden oder den Beschwerdeführer an die Behörde zurückzuverweisen[2].

Eng beschränkte Verwaltungsrechtspflege liegt vor, wenn das Verwaltungsgericht nur die Rechtsfrage nachprüft. In den meisten deutschen Ländern gibt es eine solche Beschränkung nicht, schon aus dem einfachen Grunde nicht, weil, von Hamburg abgesehen, nur das oberste Verwaltungsgericht des Landes ein vollwertiges Gericht ist, und daher die Verwaltungsrechtspflege wesentlich an Wert verlieren würde, wenn nicht wenigstens ein vollwertiges Gericht die Tatfrage überprüfen könnte. Nur in Preußen und vereinzelt auch anderswo[3] ist das OVG. in einigen besonderen Fällen im zweiten verwaltungsgerichtlichen Rechtszuge[4] und grundsätzlich im dritten Rechtszuge[5] auf die Prüfung der Rechtsfrage beschränkt. Hat also ein Kreisausschuß ein verwaltungsgerichtliches Urteil erlassen, so geht die Berufung an den Bezirksausschuß, aber die Revision an das OVG. Die Revision kann aber nur darauf gestützt werden: „1. daß die angefochtene Entscheidung auf der Nichtanwendung oder auf der unrichtigen Anwendung des bestehenden Rechts,

[1] G. v. 8. Aug. 78/7. März 24 Art. 40. [2] G. v. 16. Dez. 76 Art. 62.

[3] Hessen, G. v. 8. Juli 11 Art. 84; Anhalt, G. v. 27. März 88 § 60.

[4] Vgl. z. B. ZustG. § 118. PolG. 1931 § 51 macht allerdings die Ausnahme zur Regel, doch bietet § $50^{\mathrm{II}}$ dem OVG. eine Möglichkeit, auch die Tatfrage zur Rechtsfrage zu ziehen.

[5] LVG. § 93.

insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen beruhe; 2. daß das Verfahren an wesentlichen Mängeln leide" (LVG. § 94). Der Revisionskläger kann also nur Rechtswidrigkeit der Entscheidung und Rechtswidrigkeit des der Entscheidung zugrunde liegenden Verfahrens rügen. Dabei gehört die Würdigung der als wirklich angenommenen Tatsachen noch zur Rechtsfrage und nur die Feststellung der Wirklichkeit zur Tatfrage[1]. Macht sich also z. B. der Bezirksausschuß ein richtiges Bild vom Roulette-Spiel und gewinnt er die Überzeugung, daß wirklich Roulette gespielt wurde, so ist diese Überzeugung auch für den Revisionsrichter bindend. Läßt aber der Bezirksausschuß durchblicken, daß er das Halma-Spiel mit dem Roulette-Spiel verwechselt, so liegt dieser Irrtum nicht mehr auf tatsächlichem Gebiete, denn er bezieht sich nicht auf die Wirklichkeit eines bestimmten Vorganges, sondern auf die Verästelung des gesetzlichen Begriffes „Glücksspiel" in seine verschiedenen Erscheinungsformen; der Revisionsrichter hat daher einzugreifen.

Es sind Bestrebungen im Gange, das preußische OVG. ganz allgemein von der Prüfung der Tatfrage zu befreien, doch wird es solange nicht dahin kommen, als es noch keine „echten" Verwaltungsgerichte in den unteren Rechtszügen gibt[2]. Selbst dann wird aber das Rechtsmittel vermutlich nicht die dem bürgerlichen Gerichtsverfahren entnommene Revision, sondern die Rechtsbeschwerde der AO. sein, mit der, ähnlich wie mit der Revision der Reichsversicherungsordnung (§ 1697), auch Verstoß „wider den klaren Inhalt der Akten", die sog. Aktenwidrigkeit, geltend gemacht werden kann (AO. § 267[1])[3]. Diese Rechtsbeschwerde, die mit der gleichnamigen des württembergischen Rechtes nicht verwechselt werden darf, gestattet also in engen Grenzen auch Überprüfung der Tatfrage, nur daß die Tatsachen nicht mit der Wirklichkeit selbst, sondern nur mit den Aufzeichnungen in den Akten verglichen werden dürfen.

Die Scheidung der zu prüfenden Fragen in die Rechts-, die Tat- und die Ermessensfrage bedeutet aber nicht die einzige Möglichkeit für die Einteilung in volle und beschränkte Verwaltungsrechtspflege. Auch die Art des Urteils kann dem Gedanken des Rechtsschutzes bald mehr, bald weniger gerecht werden. Am besten gedient ist dem siegreichen Kläger, wenn das Urteil den Streitfall endgültig zu seinen Gunsten entscheidet. Bei den sog. Parteistreitigkeiten ist dies die Regel; der Wegebaupflichtige z. B. wird auf Klage zur Erstattung der Wegebaukosten verurteilt, seine Wegebaupflicht außerdem für die Zukunft festgestellt. Auch die Anfechtungsklage führt dann unmittelbar zum Ziele, wenn ein belastender positiver Verwaltungsakt angefochten und vom Gericht aufgehoben wird. In Ausnahmefällen endlich ist das Gericht in der Lage, den von der Verwaltungsbehörde verweigerten begünstigenden Verwaltungsakt, z. B. die Wirtschaftsgenehmigung in Preußen, selbst vorzunehmen[4]. Die Anfechtung von Versagungen führt aber in der Regel nicht unmittelbar zur Befriedigung des Klägers, da das Gericht hier nur Kassationsinstanz ist, die Kassierung (Aufhebung) aber nur bei belastenden positiven Verwaltungsakten den Rechtsstreit beendigt. Ist z. B. eine Ansiedelungsgenehmigung zu Unrecht versagt worden, so darf der Bezirksausschuß als Verwaltungsgericht die Genehmigung nicht selbst erteilen, sondern nur die Versagung aufheben[5]. Behält eine Behörde einen angeblich Geisteskranken zu Unrecht zurück, so kann die Klage

[1] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 329f., 160f.; vgl. auch MANNHEIM Beiträge zur Lehre von der Revision 1925 S. 33ff. Über das Bedenkliche der Ansicht des PrOVG. hingegen, auch zwischen bestimmten Personen getroffene Vereinbarungen über die Wegebaulast der Rechtsfrage zuzurechnen — z. B. 13. Juni 29 u. 14. Apr. 30, JW. 1930 S. 298 u. RVerwBl. 52 (1931) S. 51 — vgl. meine Anmerkung JW. 1930 S. 298.

[2] Vgl. DREWS in ZStaatsW. 78 (1924) S. 599ff. S. aber auch oben S. 317 N. 4.

[3] Vgl. übrigens schon jetzt PrOVG. 24. Nov. 10, Entsch. 65, 351.

[4] Pr. VO. v. 18. Juni 30 Abschn. II (früher ZustG. § 114).

[5] PrOVG. 16. März 22, Entsch. 77, 319ff.

auch hier nur dahin gehen, daß die Weigerung, den angeblich Geisteskranken zu entlassen, aufgehoben werde[1]. Das Gericht kann den begehrten Verwaltungsakt nicht einmal anordnen, sondern muß dessen Vornahme der Verwaltungsbehörde überlassen; allerdings darf die Verwaltungsbehörde ihre Weigerung nicht aus Gründen wiederholen, die vom Verwaltungsrichter für unstichhaltig erklärt worden sind. Eine Zwangsvollstreckung aus einem Aufhebungsurteil gibt es demgemäß nicht. Weigert sich die Behörde trotz Aufhebung ihres Weigerungsbescheides weiter, z. B. den angeblich Geisteskranken zu entlassen, so hilft nur die Anrufung der vorgesetzten Behörde[2].

### IV. Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Die Güte des Rechtsschutzes hängt im wesentlichen auch von der Billigkeit des Verfahrens ab. Welche Kostenlast dem unterliegenden Kläger droht, ist in den einzelnen Gesetzen verschieden geregelt. In Preußen[3] z. B. muß, wer nach Erschöpfung des Beschwerdeweges Klage gegen eine polizeiliche Verfügung beim OVG. erhebt, bei einem Streitwert von 10000 RM gewärtigen, daß er im Falle des Unterliegens nach mündlicher Verhandlung an Gerichtsgebühren 450 RM und, wenn eine Beweisaufnahme stattfindet, noch weitere 225 RM, zusammen also 675 RM, zu zahlen haben wird. Dazu kommen noch etwa nötig gewordene Zeugen- und Sachverständigengebühren, vor allem aber die Kosten des gegnerischen Anwalts, falls sich die Behörde durch einen solchen vertreten läßt, nämlich ohne Beweisaufnahme 307,50 RM Gebühren nebst den erforderlichen Auslagen. Mindestens den gleichen Betrag kann der eigene Anwalt verlangen, doch besteht, wie gezeigt, in Preußen kein Anwaltszwang.

## § 14. Fortsetzung. Amtshaftung und öffentlichrechtliche Entschädigung für schuldlos rechtswidrige Eingriffe.

Otto Mayer I S. 183ff., II S. 295ff., 311ff.; Fleiner S. 275ff., 289ff.; Schoen S. 279f.; Hatschek S. 313ff.; G. Meyer-Anschütz S. 608ff., 968ff.; Herrnritt S. 160ff.; W. Jellinek Schutz des öffentlichen Rechts, VStaatsRL. 2 (1925) S. 69ff.

O. Gierke Gutachten über die Haftung des Staates, 28. DJT. 1 (1905) S. 102ff.; Morawitz Zur Haftung des Staates, BraunschwZ. 57 (1910) S. 36ff.; Delius Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder[4] 1929; Nawiasky Die Haftung des Staats für das Verhalten seiner Organe 1912; Reimer Beiträge zur Lehre von der Amtshaftpflicht in Preußen und im Reich, Heft 1—3, 1919—20; Hartmann Das hamburgische Gesetz betr. Haftung des Staates für seine Beamten vom 26. Januar 1920, HansRZ. 1920 Sp. 241ff.; Friedrichs Schadensersatzansprüche gegen Reichs-, Staats- und Kommunalbehörden nach Reichs- und preußischem Recht 1925; derselbe Haftung der Gemeinden für Betriebe, Stusev. 1926 S. 38ff.; Niggl Die Amtsverantwortlichkeit der Reichspostbeamten 1927; Ebers Art. „Haftung des Beamten und für die Beamten" im HWBRW. III 1928; Hofacker RVerwBl. 49 (1928) S. 615ff.; derselbe Verkehrssicherungspflicht 1929 S. 16ff.; derselbe Der Einzelne u. d. Gesamtheit 1930 S. 13ff.; derselbe Die Strafbarkeit der Staatsorgane für Staatshandlungen, PrVerwBl. 45 (1924) S. 477ff.; Heilberg Beamtenhaftung 1929; Grossgart Haftung für Amtshandlungen (1929); Radloff JW. 1929 S. 1776ff.; Lenhoff ZSozR. 1 (1929) S. 94ff.; Kipp u. Weis a. d. 4. DJT. i. d. Tschechoslowakei 1929; Schrader u. Reinbeck HansRGZ. A 1929 Sp. 715ff., 1930 Sp. 402ff., 713ff. (Haftung für Lotsen); v. Marth BayZ. 26 (1930) S. 385ff., 27 (1931) S. 1ff., 17ff. (Reichsrecht u. bay. Recht); Schack BeamtJahrb. 18 (1931) S. 39ff., 95ff. Kommentare zu RV. Art. 131. — Fritzschen Haftung für Amtspflichtverletzungen des Landrats in kreiskommunalen Angelegenheiten, ZSelbstv. 11 (1928) S. 254ff. — Duez La responsabilité de la puissance publique 1927; R. Wreschner Haftung des Staates nach franz. Recht, Heid. Diss. 1931. — Gravenhorst Der sogenannte Konflikt bei gerichtlicher Verfolgung von Beamten 1908; derselbe Art. „Konflikt" im WStVR. II. Kreitinger Über die Frage der Zulässigkeit einer Vorentscheidung nach Art. 7 II VerwGerG., BayGemZ. 38 (1928) Sp. 609ff.; Holz Die Vorentscheidung nach Art. 7 BayVerwGerG., BayVerwBl. 78 (1930) S. 129ff.

G. Jellinek Staatsrechtliche Erörterungen über die Entschädigung unschuldig Verurteilter, GrünhutsZ. 20 (1893) S. 455ff.; J. Goldschmidt Rechtsgrund und Rechtsnatur der staat-

[1] PrOVG. 20. Apr. 14, Entsch. 67, 311ff. [2] PrOVG., a. a. O.

[3] LVG. §§ 102ff.; RdErl. d. M. d. I. u. anderer Ministerien v. 24. Dez. 26, MinBliV. 1927 Sp. 3ff.; RAGebO., Bek. v. 5. Juli 27, §§ 9, 43.

lichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften, Berliner Festg. f. GIERKE III 1910 S. 109ff.; WACHENFELD Eine Lücke in den Entschädigungsgesetzen, MecklZ. 42 (1926) S. 268ff.; BANK Zur Schadensersatzpflicht der öffentlichen Körperschaften bei unverschuldet rechtswidrigen Verwaltungsakten, RVerwBl. 50 (1929) S. 65ff. — ANSCHÜTZ Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, VerwArch. 5 (1897) S. 1ff.; DERSELBE RV. Art. 153; KRAUTHAUSE Die Entschädigung bei rechtmäßigen Einwirkungen der öffentlichen Gewalt, Kieler Diss. 1925. Aufsätze von KRONSTEIN VerwArch. 35 (1930) S. 195ff. (Sprengungsschäden bei der Neckarkanalisation), DELIUS u. VON DER LÜHE RVerwBl. 51 (1930) S. 622, 751f. (Erschütterungen durch schwere Fuhrwerke), FEEDER ZAgrR. 14 (1930) S. 291ff. (Eingriffe der Landeskulturbehörden), MERCKER RStädtebund 23 (1930) S. 296ff. (der Ersatzpflichtige nach §§ 74, 75 Einl. ALR.). — H. RICHTER Art. „Tumultgesetze" im HWBRW. VI 1928; KLEMPNER Schadensersatzpflicht der Polizei bei politischen Zusammenstößen 1930.

## I. Amtshaftung.

Der bisher geschilderte Rechtsschutz reicht nicht immer aus, um dem von der öffentlichen Gewalt zu Unrecht Getroffenen volle Genugtuung zu verschaffen. Er hat vielleicht auf polizeiliche, sofort vollstreckbare Anordnung hin sein Gebäude niederreißen müssen, das OVG. hebt die Verfügung auf, aber er hat den Schaden. Oder er ist unter Mißhandlungen zur Polizeiwache geführt worden und hat jetzt den begreiflichen Wunsch, den schuldigen Beamten bestraft zu sehen. In keinem der beiden Fälle läßt ihn die Rechtsordnung im Stiche. Die Rechtseinrichtung zu seinen Gunsten ist aber die Amtshaftung, die vermögensrechtliche sowohl als auch die strafrechtliche.

**1. Vermögensrechtliche Haftung.** Da der Staat und die sonstigen öffentlichen Verbände auch dem bürgerlichen Rechte unterstehen, gibt es neben der öffentlichrechtlichen Haftung eine Reihe privatrechtlicher Haftungsgründe. Ein Beispiel mag zeigen, daß der Staat unter vier verschiedenen Gesichtspunkten haftbar gemacht werden kann.

A besucht seinen kranken Freund B in der staatlichen Nervenklinik. Eine Schwester bringt heißen Tee herein, verschüttet ihn und verbrüht dabei A und B. Für das Versehen der Schwester haftet der Fiskus rein privatrechtlich, dem B gegenüber aus BGB. § 278, weil ihm gegenüber die Schwester Erfüllungsgehilfin ist[1], dem A gegenüber nur aus BGB. § 831 I, weil zwischen dem Fiskus und A kein Vertragsverhältnis besteht[2]. A gegenüber kann sich also der Fiskus darauf berufen, daß er bei Anstellung der Schwester die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, während B gegenüber dieser Entschuldigungsgrund wegfällt. Auf das Schmerzensgeschrei des A eilen Wärter herbei und bringen ihn vor den auf Privatdienstvertrag angestellten Chefarzt der Klinik. Dieser, in der Meinung, einen Tobsüchtigen vor sich zu haben, ordnet die Unterbringung des A in einer Einzelzelle an. Da der Arzt vermutlich fahrlässig gehandelt und somit schuldhaft die Freiheit eines anderen widerrechtlich verletzt hat (BGB. § 823 I) und da er ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter" des Fiskus ist, haftet der Fiskus für ihn nach BGB. §§ 31, 89, ohne daß sich dieser auf seine Sorgfalt bei Bestellung des Chefarztes berufen könnte[3]. Dem angeblich Tobsüchtigen gelingt es, einen Brief an den Polizeipräsidenten gelangen zu lassen, in dem er ihn bittet, ihn aus seiner peinlichen Lage zu befreien.

---

[1] „Der Schuldner hat ein Verschulden ... der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden."

[2] „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei Auswahl der bestellten Person ... die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet ..."

[3] § 31: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand ... oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt." Nach § 89 findet die Vorschrift auf den Fiskus entsprechende Anwendung.

Der Polizeipräsident prüft den Fall überhaupt nicht, sondern ordnet im Gegenteil an, daß A in der Nervenheilanstalt bis auf weiteres verbleiben müsse. Hier spielt zum erstenmal das öffentliche Recht hinein, denn hier hat ein Beamter fahrlässig in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten Schaden zugefügt. Das BGB. behandelt diesen Fall anders als die früher genannten. Wenn es nach dem BGB. allein ginge, würde der Beamte nur persönlich haften, nicht der Staat für ihn. Auch haftet der Beamte bei Fahrlässigkeit nur aushilfsweise, wenn nämlich der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag, und die Ersatzpflicht tritt überhaupt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (BGB. § $839^{\mathrm{I},\,\mathrm{III}}$). Schon das EG.BGB. sah aber im Art. 77 „landesgesetzliche Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden“ vor mit der Maßgabe, daß die Landesgesetze dann die unmittelbare Haftung des Beamten ganz ausschließen konnten. Von diesem Vorbehalte haben viele Länder Gebrauch gemacht, Preußen z. B. durch Gesetz vom 1. August 1909. Das Reich hatte die Haftung für Versehen des Grundbuchrichters schon im § 12 der Grundbuchordnung vom 24. März 1897 eingeführt; für seine eigenen Beamten begründete es die Haftung des Reichsfiskus erst durch das Reichsgesetz vom 22. Mai 1910. Doch ist der frühere Rechtszustand vielfach überholt durch den vom Reichsgericht mit außerordentlicher Tragweite ausgestatteten Art. 131 der RV.:

„Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden.

Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.“

Dieser unscheinbare Artikel wird vom Reichsgericht in einer Weise gehandhabt, daß man ihn als die ultima ratio des Rechtsstaates bezeichnen kann.

Zunächst, sollte man meinen, gehört der Artikel zu den Bestimmungen der RV., die sich nur an den Gesetzgeber wenden, aber von einer unmittelbaren Regelung absehen. Absatz 2 legt eine solche Auslegung besonders nahe. Das Reichsgericht ist anderer Ansicht[1]: Der Artikel ist unmittelbar geltendes Recht, gilt also in vollem Umfange, wo es überhaupt keine Amtshaftungsgesetze gibt, und stellt der Gesetzgebung des Reiches und der Länder nur anheim, in Einzelheiten Abweichungen zu bestimmen, z. B. die Haftung für Notare auszuschließen[2] oder die Staatshaftung Ausländern gegenüber von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängig zu machen[3]. Das Reichsgericht geht so weit, die Berufung auf die früheren Reichs- oder Landesgesetze zu rügen und Art. 131 RV. als den alleinigen Rechtsgrund für die Amtshaftung zu erklären. Nicht einmal über die Frage, wer als Beamter anzusehen ist, läßt das Reichsgericht für die Amtshaftung landesgesetzliche Vorschriften zu. Ein Unterwachtmeister der lübeckischen Sicherheitswehr mag nach lübeckischem Rechte kein Beamter sein, im Sinne des Art. 131 RV. ist er es und begründet demgemäß bei Amtspflichtverletzungen die Haftung des Staates[4].

Der durch RV. Art. 131 geschaffene Rechtszustand ist also folgender: Die Haftung tritt ein für Handlungen und Unterlassungen von Beamten. Beamter aber ist jeder zum Beamten Ernannte oder, nach anderweit gewürdigter Rechtsprechung (S. 23, 265), der mit obrigkeitlichen, nur von einem Beamten wahrzunehmenden Befugnissen Betraute, auch wenn eine förmliche Anstellung als Beamter fehlt. Für die Zeit der Revolution hat das Reichsgericht kein Bedenken getragen,

[1] RG. III 29. Apr. 21, RGZ. 102, 166ff. [2] Z. B. meckl.-schw. G. v. 10. Nov. 1926 § 1.
[3] Pr. G. v. 1. Aug. 09 § 7; RG. III 15. Apr. 30, RGZ. 128, 238ff.
[4] RG. III 3. Nov. 22, RGZ. 105, 334ff. Vgl. auch OLG. Stuttgart 23. Nov. 28, WürttZSpr-Beil. 71 (1929) S. 56ff. (Schnakenbekämpfung).

nach den früheren Amtshaftungsgesetzen die Amtshaftung auch für die Handlungen der Arbeiter- und Soldatenräte zu bejahen[1]. Steht fest, daß der Schaden von einem Beamten in diesem Sinne herrührt, ist es bei gerichtlicher Geltendmachung der Schadensersatzforderung nicht nötig, dessen Namen anzugeben[2], da es gleichgültig ist, ob z. B. der Beamte X oder der Beamte Y den Kläger mit dem Säbel verwundet hat, sofern nur feststeht, die Haftung welches Verbandes in Frage kommt. Die Bestimmung des haftenden Verbandes aber richtet sich nach der Dienststellung des Beamten. Für Reichsbeamte haftet das Reich, für Landesbeamte das Land, für Gemeindebeamte die Gemeinde. Schwierigkeiten, die früher die Einreihung der Personen des Soldatenstandes bereitete, die zwar Landeskontingenten angehörten, aber von Reichs wegen besoldet wurden, und für die daher mit Ausnahme des bayerischen Kontingents das Reich haftete[3], bestehen heute nicht mehr. Dagegen können auch heute noch Zweifel über den haftenden Verband auftauchen, wenn der Beamte zwar Beamter des Verbandes A ist, aber im Auftrage des Verbandes B tätig wurde. Der Bürgermeister z. B. schädigt in Ausübung der im Namen des Staates zu handhabenden Polizeigewalt. Haftet die Stadt oder der Staat? Hier gibt die überholte Vorschrift über die Haftung des Reichs für die preußischen, württembergischen und sächsischen Soldaten einen Fingerzeig: es haftet der Verband, der den Beamten besoldet oder ihn für den Dienstaufwand entschädigt, die geldliche Haftung gehört mit zu den für die Person des Beamten zu machenden Aufwendungen. Also haftet für den Bürgermeister die Stadt, für den Amtsvorsteher der Amtsverband[4], auch wenn beide staatliche Polizeigewalt ausgeübt haben. Teilen sich mehrere Verbände in die persönlichen Aufwendungen, so kann je nach der Art der Amtshandlung bald der eine, bald der andere Verband haften[5].

Der Beamte muß ferner in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt tätig oder untätig gewesen sein. Die unzweifelhaften Fälle, in denen dies zutrifft, erleichtern auch die Entscheidung von Grenzfragen. Der Beamte kann es verabsäumt haben, gegen das lebensgefährliche Rodeln einzuschreiten[6]; der Staat haftet dann wegen Unterlassung der Betätigung öffentlicher Gewalt; auch die Haftung für einen Beamtenstreik läßt sich so begründen[7]. Oder der Beamte versagt eine erbetene Erlaubnis, ohne das Gesuch richtig zu prüfen[8], er verbietet zu Unrecht das Sommerfest einer politischen Partei[9] oder das Erscheinen einer Zeitung[10], oder er beschlagnahmt eine Wohnung[11], oder der Beamte nimmt Handlungen tatsächlicher Art vor, packt z. B. einen harmlosen Bürger und schüttelt ihn so, daß dieser am Herzschlage stirbt[12], oder er macht unter Verletzung seiner Schweigepflicht in der Presse eine amtliche Mitteilung über angebliche Mißstände in einem Privatbetriebe[13]. In all diesen Fällen wurde die Amtshaftung bejaht. Am meisten Schwierigkeiten bereiten die Handlungen tatsächlicher Art, zumal „öffentliche Gewalt" nicht einfach soviel bedeutet wie „obrigkeitliche Gewalt",

[1] RG. III 4. Apr. 19 u. 23. Mai 22, RGZ. 104, 275ff., 346ff., 362ff.
[2] RG. III 5. Okt. 20, RGZ. 100, 102f. [3] RGes. v. 22. Mai 10 § 1$^{III}$.
[4] RG. III 5. Mai 25, JW. 1925 S. 2766f., mit Anmerkung von FRIEDRICHS. Vgl. auch RG. III 31. Mai 29, RGZ. 125, 11ff.; RG. III 15. Okt. 29, RGZ. 126, 81ff., 83: (es hafte der Verband, von dem der Beamte „angestellt sei und besoldet werde"). Hiergegen TATARIN-TARNHEYDEN Rechtsstellung des Amtshauptmanns 1931 S. 27, ZSCHUCKE EisenbE. 50 (1931) S. 344f.
[5] RG. III 2. Nov. 20 u. VI 3. Juli 30, RGZ. 100, 188ff. u. 129, 330ff.
[6] RG. VI. ZivSen. 14. Nov. 12, Gruch. 57 (1913) S. 691ff.; RG. III. ZivSen. 15. Nov. 21, PrVerwBl. 43 (1922) S. 394f.
[7] Vgl. BLANCKMEISTER in Gruch. 64 (1920) S. 432ff.
[8] RG. III. ZivSen. 26. Okt. 15, JW. 1916 S. 201f.
[9] OLG. Dresden 14. Nov. 23, SächsThürArchR. 1 (1924) S. 80ff.
[10] RG. III 13. März 25, RGZ. 110, 286ff.
[11] OLG. Naumburg 21. Apr. 25, JW. 1925 S. 2493; LG. Altona 27. Jan. 25, JW. 1925 S. 2499f.
[12] RG. III 21. Dez. 17, RGZ. 91, 347ff. [13] RG. III 21. März 16, JW. 1916 S. 1416.

sondern, wie die öffentliche Verwaltung, Akte der schlichten Hoheitsverwaltung mitumfaßt (S. 20f.)[1]. Allerdings ist die Amtshaftung immer gegeben, wenn die Handlung selbst einen obrigkeitlichen Eingriff darstellt, auch wenn ein Unbeteiligter dabei zu Schaden kommt. Ein Schutzmann verfolgt z. B. einen Straßenhändler, um ihn festzunehmen, und rennt dabei eine Frau um, so daß sie sich ein Bein bricht; die Amtshaftung der Frau gegenüber ist gegeben[2]. Wie aber, wenn ein Soldat auf dienstlichen Befehl einen Wagen durch die Stadt fährt, um Sägespäne zu holen, und dabei eine Frau verletzt? Das Reichsgericht nimmt auch hier Amtshaftung an[3], verneint sie aber bei einem durch einen Postillon verursachten Unfall[4]. Warum diese Unterscheidung, da es sich doch in beiden Fällen nicht um unmittelbare Ausübung öffentlicher Gewalt handelte? Offenbar, weil die Post gewöhnlich auf gleich und gleich mit dem Bürger verkehrt, während das Militär die öffentliche Gewalt in ihrer reinsten Form darstellt. Wohl kann auch eine wirtschaftliche Verwaltung, wie die der Post oder des Kaiser-Wilhelm-Kanals[5], gelegentlich die Amtshaftung begründen, aber nur, wenn die in Frage stehende Handlung selbst hoheitlicher Art ist, während bei einer an sich hoheitlichen Verwaltung schon der Zweckzusammenhang der Handlung mit den Aufgaben der Verwaltung genügt. Daher ist es richtig, wenn das Reichsgericht das Reich auch für einen Soldaten haften läßt, der in seinem Quartier auf dienstlichen Befehl den Revolver entlädt und dabei seinen Quartierwirt verletzt[6], oder für einen Landsturmmann, der Gefangene beim Essen beaufsichtigt, dabei sich mit seinem Revolver zu schaffen macht und versehentlich eine Zivilperson tötet[7]. Denn in beiden Fällen besteht ein Zweckzusammenhang mit dem öffentlichen Dienste, die Franzosen[8] würden von einer „faute de service" sprechen. Anders bei den von den Franzosen so benannten „fautes personnelles", d. h. schuldhaften Handlungen, die so sehr aus dem Rahmen des Dienstes fallen, daß sie dem Beamten oder Soldaten als Privatperson zuzurechnen sind. Ein Kanonier teilt das Mannschaftsessen ein, spielt dabei mit der Pistole, deren er doch beim Esseneinteilen nicht bedarf, und verletzt ein Kind[9]; oder ein Landsturmmann richtet aus Wut über die angeblich schlechte Verpflegung seine Waffe gegen den Bauführer der Firma, die für das Essen sorgt, und verletzt ihn[10]. In beiden Fällen handelt es sich um rein private Handlungen, die dem Staate auch dann nicht zuzurechnen sind, wenn sie bei Gelegenheit der Ausübung des Dienstes begangen wurden. Für plündernde Soldaten allerdings läßt das Reichsgericht das Reich haften; die Plünderung steht aber mit der erlaubten „Requisition" in solch nahem Zusammenhang, daß man sie noch zu den entarteten Handhabungen der öffentlichen Gewalt rechnen kann, zudem spielt hier meist noch ein Verschulden der aufsichtführenden Vorgesetzten herein[11].

Der Staat haftet aber nicht für jede Amtspflichtverletzung, sondern nur für

---

[1] Vgl. RG. III. ZivSen. 24. Mai 27, JW. 1927 S. 1994 (Chemieprofessor); KG. 5. Jan. 29, JW. 1929 S. 2287 (Professor der Medizin).

[2] RG. III 4. Juli 24, RGZ. 108, 366ff.

[3] RG. III 19. Sept. 24, RGZ. 108, 387ff. Vgl. auch RG. VI. ZivSen. 18. Apr. 29 u. 26. Juni 30, RGZ. 125, 98ff. u. SeuffArch. 85, 13; RG. III. ZivSen. 7. Jan. 30, JW. 1930 S. 1185f. mit Anm. v. HOCHE.

[4] RG. IV 20. Nov. 24, RGZ. 109, 209ff. Vgl. auch BayObLG. 29. Jan. 30, SammlZ. 30, 50ff. (Forstfiskus).

[5] RG. III 15. Okt. 29, JW. 1930 S. 1925ff. (Legen von Telegraphendrähten über e. Privatgrundstück); RG. III 1. Juni 22, RGZ. 105, 99ff. (Schleusenwärter); RG. I 25. März 25, RGZ. 110, 349ff. (Zwangslotse).

[6] RG. VI 24. Febr. 21, RGZ. 101, 354ff. [7] RG. III 2. Jan. 18, RGZ. 91, 381ff.

[8] Vgl. BERTHÉLEMY Traité élémentaire de droit administratif[12] 1930 S. 86f.

[9] RG. III 17. Okt. 22, RGZ. 105, 230ff. [10] RG. III 11. Apr. 22, RGZ. 104, 286ff.

[11] Vgl. RG. III 19. Okt. 23, RGZ. 107, 270ff.; französ. Staatsrat 13. März 25, Recueil des arrêts du Conseil d'État 1925 S. 266f.

Verletzungen der dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht. So kann ein Schutzpolizeibeamter durch Dienstbefehl verpflichtet sein, die Turngeräte der Schutzpolizeibeamten in Ordnung zu halten. Vernachlässigt er diese Pflicht und kommen turnende Kinder dadurch zu Schaden, so liegt kein Fall der Amtshaftung vor, denn es ist keine den Kindern gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt worden[1]. Anders beim Lehrer, der das Spielen der Kinder beaufsichtigt und dabei auch Unbeteiligte vor Schaden behüten soll[2]. Einem Dritten gegenüber kann aber eine Amtspflicht auch dann bestehen, wenn der Beamte nach freiem Ermessen zu handeln befugt ist[3]. Versagt er z. B. eine frei zu erteilende Genehmigung aus Schikane, so haftet der Staat für ihn. Der „Dritte" kann auch ein Beamter sein. Ein Vorgesetzter erstattet z. B. wahrheitswidrige Berichte über einen Beamten und erschwert dadurch dessen Fortkommen[4]; ein Amtsarzt hängt einem Beamten fahrlässigerweise Gelenkrheumatismus an, während dieser nur an Plattfüßen leidet, und verschuldet so dessen Zwangsversetzung in den Ruhestand[5]; ein Beamter wird dienstlich so sehr überanstrengt, daß er frühzeitig in den Ruhestand versetzt werden muß[6]. In all diesen Fällen haftet der Staat nach RV. Art. 131. Die dem Privatrechtsjuristen geläufige Unterscheidung zwischen Deliktshaftung und Vertragshaftung oder, allgemeiner gesprochen, Haftung aus einem Rechtsverhältnis macht also das öffentliche Recht nicht.

Die Amtspflichtverletzung muß schuldhaft sein, soweit nicht auch im Privatrecht für schuldloses Handeln, z. B. solches in Geistesumnachtung, gehaftet wird. Dies liegt schon in den Worten, daß der Beamte die Amtspflicht verletzt, also pflichtwidrig gehandelt haben muß. Vor allem aber besteht offenbar ein enger Zusammenhang zwischen RV. Art. 131 und BGB. § 839, und nach diesem Paragraphen haftet der Beamte nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Allerdings kann sich der Staat nicht damit entschuldigen, der Beamte habe eine Angelegenheit wegen fehlender Rechtskenntnisse nicht richtig behandeln können, vielmehr haftet der Staat dafür, daß niemand ein Amt, dem er nicht gewachsen ist, bekleidet[7]. Bei schwieriger Rechtslage aber entschuldigt auch Rechtsirrtum. Hat der Beamte im Vertrauen auf die Rechtsprechung einer obersten Reichsbehörde gehandelt, z. B. des Reichswirtschaftsgerichts, so wird der Fall der Amtshaftung kaum eintreten können, selbst wenn das Reichsgericht die Rechtsauffassung des Reichswirtschaftsgerichts nicht teilt[8].

Die dem Staate oder sonstigen öffentlichen Verbande obliegende Entschädigung ist in Geld zu leisten. Namentlich darf man nicht auf den Gedanken der sog. Naturalrestitution verfallen, also unter Berufung auf BGB. §§ 249, 839 behaupten, der haftende Verband habe „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Der Polizeipräsident hat z. B. rechts- und pflichtwidrig eine Erlaubnis versagt, also soll das Gericht das Land Preußen zur Erteilung der Erlaubnis verurteilen? Soweit geht RV. Art. 131 sicher nicht, dies würde auch nicht in Einklang zu bringen sein mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Art. 107 vorschreibt. Vielmehr bleibt der

[1] Vgl. auch BayVGH. 9. Dez. 15, Samml. 37, 70ff.
[2] RG. III 25. Juni 29, RGZ. 125, 85ff.
[3] RG. III 27. März 25, JW. 1925 S. 1875f.; RG. III 22. Mai 28, RGZ. 121, 225ff., dazu Heyland VerwArch. 34 (1929) S. 480ff.
[4] RG. III 22. Sept. 22, RGZ. 105, 196ff.
[5] Ähnlich RG. III 31. Jan. 22, RGZ. 103, 429ff.
[6] RG. III 2. Nov. 20, RGZ. 100, 188ff., ähnlich RG. III 4. Juli 30, JW. 1931 S. 47ff.; RG. III 5. Apr. 27, PrVerwBl. 48 (1927) S. 469f. (Abbau aus politischen Gründen); vgl. noch RG. III 18. Dez. 28, HöchstRRspr. 1929 Nr. 1064 (vorschriftswidrige Behandlung e. Entlassungsgesuchs).
[7] RG. III 13. Jan. 31, „Recht u. Leben" (Voss.Ztg.) v. 29. Jan. 31.
[8] RG. III 23. März 23, RGZ. 106, 406ff. Vgl. auch BayObLG. 18. Dez. 29, SammlZ. 29, 562ff. (entschuldigender Dienstbefehl).

schädigende Verwaltungsakt oder dessen schädigende Nicht-Vornahme unberührt von der Geltendmachung der Amtshaftung[1]. Was die Verfassung will, ist nur Schadensausgleich durch Geldentschädigung.

Wenn aber oben die Amtshaftung in der vom Reichsgericht gehandhabten Form als die ultima ratio des Rechtsstaats bezeichnet wurde, so zeigt sich dies in der Tatsache, daß sie vielfach einem außerordentlichen Rechtsmittel gleichkommt. Schon die Beispiele aus dem Beamtenrecht — Schadensersatz für Pflichtwidrigkeiten bei der Versetzung in den Ruhestand — deuteten darauf hin. Andere Beispiele lieferte die Zeit der Zwangswirtschaft und der Geldentwertung. So konnte die Amtshaftung bei rechtswidriger Beschlagnahme von Wohnungen oder von Vieh geltend gemacht werden, auch wenn es gegen die Beschlagnahme kein Rechtsmittel gab[2]. Selbst die justizfeindliche AO. bildet kein Hindernis für die Anrufung der ordentlichen Gerichte nach RV. Art. 131. Obgleich es im § 227 AO. ausdrücklich heißt: „In Steuersachen ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen. Dies gilt auch für die Rückforderung bezahlter Steuern und anderer Leistungen", ließ das Reichsgericht doch eine Amtshaftungsklage zu, mit der ein Steuerzahler Schadensersatz wegen Geldentwertung verlangte, die dadurch entstanden war, daß ein Finanzbeamter schuldhafterweise einen Steuerbetrag zu spät zurückvergütet hatte[3]. Eine Schranke der Amtshaftung erkennt allerdings auch das Reichsgericht an. Das Reich haftet nicht dafür, daß die Reichsregierung dem Reichstag einen später von diesem verabschiedeten, schädigenden Gesetzentwurf vorgelegt hat[4]; denn die Verabschiedung nimmt der Einbringung die etwa vorhanden gewesene Rechtswidrigkeit, auch liegt die Haftung für Akte der hohen Politik nicht im Sinne des geltenden Rechtes (S. 4).

**2. Strafrechtliche Haftung.** Im Gegensatze zur vermögensrechtlichen kann die strafrechtliche Haftung nur eine solche des Beamten selbst sein.

Der seine Amtspflicht verletzende Beamte macht sich disziplinar strafbar. Jene Frau, die der Polizeibeamte versehentlich umrannte, kann also den Fall beim Polizeipräsidenten zur Anzeige bringen mit der Bitte, den Beamten in Dienststrafe zu nehmen. Ob der Polizeipräsident dem Ansinnen stattgeben will, ist Sache seines pflichtmäßigen Ermessens. Weigert er sich, so kann es die Frau mit der Anrufung des Regierungspräsidenten als Dienstaufsichtsbehörde versuchen, ein förmliches Rechtsmittel zur Erzwingung der dienstlichen Bestrafung steht ihr nicht zu Gebote.

Außerdem gibt es Fälle strafgerichtlicher Ahndung. Doch ist nicht jede Amtspflichtverletzung eine strafbare Handlung. Nicht einmal die bewußte Beugung des Rechts, z. B. bei Versagung eines Jagdscheins, einer Baugenehmigung, bildet einen Tatbestand des heute geltenden Strafgesetzbuches. Allerdings würde § 126 des StGBEntwurfs von 1925 (anders als § 129 der Reichstagsvorlage von 1927) hierauf Anwendung finden, die Rechtsbeugungsbestimmung des geltenden StGB. aber bezieht sich nur auf die Leitung oder Entscheidung einer „Rechtssache", d. h. eines zwischen mehreren Parteien bestehenden Rechtsstreits oder einer Strafsache[5]. Doch gibt es andere Amtsverbrechen und -vergehen, vor deren Begehung das StGB.

---

[1] PrKompGH. 20. März 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 530ff.; RG. IV. ZivSen. 12. Apr. 26, JW. 1926 S. 2083f.; SCHUMBURG, PrVerwBl. 46 (1925) S. 149f. (Borkumlied).

[2] RG. III 7. März 22, RGZ. 104, 159ff.; RG. III 21. Nov. 19 u. 31. März 22, RGZ. 97, 179ff. u. 104, 242ff. Vgl. auch RG. III. ZivSen. 11. Jan. 27, PrVerwBl. 48 (1927) S. 646ff. (Amtshaftung für eine aus unzulässigen Beweggründen angeordnete Beschlagnahme von Holz).

[3] RG. III 5. Mai 25, JW. 1925 S. 2007 u. RGZ. 111, 64ff.; hierzu BÜHLER Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 S. 455f. Vgl. auch RG. III 22. Mai 28, RGZ. 121, 173ff. (Auskunft über Zollpflichtigkeit einzuführender Waren), ferner RG. VII 6. Juli 20, RGZ. 99, 283ff.

[4] RG. III. ZivSen. 4. Nov. 27, JW. 1928 S. 645ff. (mit Anm. v. MÜGEL u. KRÜCKMANN); RG. III. ZivSen. 8. Nov. 27, JW. 1928 S. 1036ff.; hierzu E. v. HIPPEL ArchÖffR. 57 (1930) S. 86ff. Vgl. auch RG. III 4. Nov. 30, RGZ. 130, 319ff.; MecklSchwKompGH. 19. Jan. 29, MecklZ. 45 (1929) Sp. 430f.

[5] FRANK StGB[17]. § 336 II.

durch Strafandrohungen abschrecken will (§§ 339ff.): Nötigung im Amte, Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Hausfriedensbruch im Amte, Folterung, um nur einige strafbare Handlungen zu nennen.

Ist der einzelne einmal das Opfer eines solchen Mißbrauchs der Amtsgewalt oder einer anderen strafbaren Handlung des Beamten geworden, dann genügt eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft, um den Beamten der Strafe zuzuführen. Schreitet die Staatsanwaltschaft nicht ein, so steht dem Verletzten binnen zwei Wochen nach der Bekanntgabe des ablehnenden Bescheids die förmliche Beschwerde an den Generalstaatsanwalt zu (StPO. § $172^{I}$). Lehnt auch dieser ab, so eröffnet das Gesetz ein vollendet rechtsstaatliches Rechtsmittel: die Anrufung des Oberlandesgerichts (§ $172^{III}$). „Erachtet das Gericht den Antrag für begründet, so beschließt es die Erhebung der öffentlichen Klage. Die Durchführung dieses Beschlusses liegt der Staatsanwaltschaft ob" (§ 175). Allerdings setzt der Beschluß des OLG. voraus, daß für die Staatsanwaltschaft eine unbedingte Pflicht zum Einschreiten besteht. Dies ist bei Verbrechen immer der Fall, dagegen kann die Staatsanwaltschaft bei Vergehen mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind (§ $153^{II}$). In diesem Falle nützt dem Verletzten auch die Anrufung des OLG. nichts[1]. Doch werden Vergehen im Amte fast nie wegen Belanglosigkeit ungesühnt bleiben.

**3. Amtshaftung und Rechtsweg.** Wenn die ordentlichen Gerichte über die vermögensrechtliche oder die strafrechtliche Amtshaftung entscheiden sollen, müssen sie notwendig die verwaltungsrechtliche Vorfrage prüfen, ob eine Amtspflichtverletzung überhaupt vorliegt. Da diese Frage zwar nicht rechtlich, aber an ihrem Werte gemessen, die Hauptfrage ist, hat die Verwaltung ein großes Interesse daran, die Entscheidung über sie der Justiz nach Möglichkeit zu entziehen. Dies könnte auf dreierlei Art geschehen.

Entweder durch Ausschließung des Rechtswegs und Unterstellung der ganzen Angelegenheit unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Für die vermögensrechtliche Haftung gilt dies System heute in Frankreich[2]. In Deutschland ist es durch § 11 EG.GVG. und Art. 131 RV. verboten.

Oder durch Ausschließung des Rechtswegs, solange nicht Verwaltungsbehörden oder -gerichte die Vorfrage in einem dem Verletzten günstigen Sinne entschieden haben. Dies war bis vor kurzem für die vermögensrechtliche Amtshaftung bei polizeilichen Verfügungen die preußische Regelung. Im § 6 des preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842 hieß es: „Wird eine polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben, so bleiben dem Beteiligten seine Gerechtsame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungs-Verbindlichkeit der Beamten vorbehalten." Nach § 131 LVG. fand die Vorschrift „auch Anwendung, wenn eine polizeiliche Verfügung im Verwaltungsstreitverfahren durch rechtskräftiges Endurteil aufgehoben" war. § 5 des preußischen Staatshaftungsgesetzes vom 1. August 1909 endlich dehnte sie auf den Fall der Haftung des Staates oder sonstiger Verbände aus, während sie ursprünglich nur für den Beamten selbst galt.

Oder durch Zulassung des Rechtswegs mit der Maßgabe einer unbedingten oder auf Verlangen der zuständigen Verwaltungsbehörde eintretenden Aussetzungspflicht des Gerichtes. Dies galt nach dem preußischen Gesetze vom 13. Februar 1854 über die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen. Die Erhebung des Konflikts, wie man das Eingreifen der vorgesetzten Dienstbehörde nannte, das wohl zu scheiden war von der Erhebung des Kompetenzkonflikts, war sowohl im Zivil- als auch im Strafprozesse zulässig;

[1] Löwe-Rosenberg StPO.[18] 1929 S. 462 (§ 172 Anm. 4).
[2] Vgl. Berthélemy a. a. O. S. 103ff.

über die Begründetheit des Konflikts entschied das OVG. Nach § $11^{II}$ EG.GVG. durfte auch gar keine andere Behörde als das OVG. mit der Vorentscheidung betraut werden, außerdem beschränkte dieser § 11 die Vorentscheidung auf die Feststellung, „ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe“.

Von diesen drei Möglichkeiten war die erste in Preußen nie verwirklicht, jedenfalls nicht in neuerer Zeit. Die dritte Art der Einschränkung des ordentlichen Rechtswegs wurde durch das preußische Gesetz vom 16. November 1920 sowohl für die strafrechtliche und vermögensrechtliche Haftung des Beamten selbst, als auch für die Haftung des Staates und anderer Verbände bis auf eine Übergangsvorschrift aufgehoben. Aber auch diese Übergangsvorschrift gilt heute für die Haftung des Staates und anderer Verbände nicht mehr, seit der dritte Zivilsenat des Reichsgerichts sie mit gesetzeskräftigem Beschluß vom 20. Februar 1923, ergangen auf Grund der RV. Art. $13^{II}$, für unvereinbar mit RV. Art. $131^{I}$ Satz 3 („Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden“) erklärt hat[1]. Durch den gleichen Beschluß hat aber das Reichsgericht auch das zweite System — Ausschließung des Rechtswegs vor günstiger Entscheidung der Vorfrage — für reichsverfassungswidrig erklärt und damit § 5 des preußischen Staatshaftungsgesetzes außer Kraft gesetzt. Daß das Reichsgericht überhaupt dazu kam, RV. Art. 131 auf diese Weise authentisch auszulegen, hing mit der Hartnäckigkeit des preußischen Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte zusammen, der im Gegensatze zum Reichsgericht jenen § 5 mehrmals als gültig behandelt hatte[2]. In dem Meinungsstreite aber hatte das Reichsgericht recht. Denn bei einer dem Verletzten ungünstigen Vorentscheidung des OVG. war der Rechtsweg ausgeschlossen, und das darf nach RV. Art. $131^{I}$ Satz 3 nicht sein.

Da der vom reichsgerichtlichen Beschlusse unberührt gebliebene Teil der Übergangsvorschrift des Gesetzes vom 16. November 1920 heute aus tatsächlichen Gründen keine Bedeutung mehr hat, ist der *Rechtszustand in Preußen heute* folgender: Für die strafrechtliche Amtshaftung und die vermögensrechtliche Amtshaftung des Staates und sonstiger Verbände steht der Rechtsweg ohne jede Einschränkung offen, doch bleibt es dem Ermessen des Gerichts überlassen, die Verhandlung bis zur Entscheidung der Vorfrage, ob das beanstandete Verhalten des Beamten gesetzmäßig war, auszusetzen (ZPO. § 148, StPO. § $262^{II}$ sinngemäß). Soweit nach dem preußischen Staatshaftungsgesetze der Beamte nach wie vor persönlich haftet, und bei Polizeibeamten kann dies nur noch Ausländern gegenüber der Fall sein (§ 7), gilt der Vorentscheidungszwang bei polizeilichen Verfügungen nach § 6 des preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842 auch heute noch.

Für die *übrigen Teile des Reichs* hat der gesetzeskräftige Beschluß des Reichsgerichts die Bedeutung einer authentischen Auslegung des Art. 131 RV. dahin, daß die Einrichtung des Konflikts und der Vorentscheidung bei der Verbandshaftung reichsverfassungswidrig wäre[3]. Die Verbandshaftung ist aber die nach RV. Art. 131 regelmäßige Form der vermögensrechtlichen Amtshaftung. Dagegen sind bei persönlicher Haftung im Rahmen des § 11 EG.GVG. Einschränkungen des Rechtswegs zulässig[4]. Namentlich steht der Erhebung des „Konflikts“ bei strafrechtlicher Verfolgung des Beamten nichts im Wege. Der hessische VGH. lebt geradezu von solchen Konfliktsentscheidungen. Sehr modern mutet die ganze Einrichtung nicht mehr an. Trotz aller gesetzlichen Vorsichtsmaßnahmen hat

---

[1] RGBl. I 1923 S. 292; RGZ. 106, 34ff.

[2] KompGH. 12. März, 10. Dez. 21 u. 20. Mai 22, PrVerwBl. 42 (1921) S. 525f., JW. 1922 S. 612ff., 1924 S. 1062f.; RG. III 30. Sept. 21, 31. März, 11. April 22, RGZ. 102, 391ff., 104, 242ff., 290ff.

[3] Vgl. jetzt die, vom früheren Standpunkte abweichende, Entscheidung des BadVGH. 19. Mai 25, BadVerwZ. 1926 S. 21ff.

[4] Vgl. z. B. bay. G. v. 8. Aug. 78/7. März 24 Art. $7^{II}$; HessVGH. 28. Nov. 25, Entsch. 7, 41ff.

man im Volke bei Erhebung des Konflikts oder beim Vorentscheidungszwang den Eindruck, der Beamte solle seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Das preußische Gesetz vom 16. November 1920 bedeutet daher vielleicht ein Signal für den Abbau der Einrichtung auch im übrigen Deutschland[1]. Für Reichsbeamte hat es den Vorentscheidungszwang und die Konfliktserhebung überhaupt nie gegeben. Die einzige Ausnahme bildet der Ausschluß der Reichshaftung nach § 5[2] des Reichshaftungsgesetzes vom 22. Mai 1910, „soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichsministers des Auswärtigen politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat“[2]. Doch gilt diese Einengung nicht für die persönliche Verfolgung des Beamten.

## II. Öffentlichrechtliche Entschädigung für schuldlos rechtswidrige Eingriffe.

Schon die Schadensersatzpflicht der öffentlichen Verbände aus Amtshaftung gehört zur öffentlichrechtlichen Entschädigung im weiteren Sinne als einem vermögenswerten Ausgleich des dem einzelnen durch die öffentliche Gewalt zugefügten Schadens. In einem engeren Sinne gebraucht man den Ausdruck für die Entschädigungsfälle außerhalb der soeben besprochenen Deliktshaftung. Die Entschädigung für Enteignung bildet das wichtigste Beispiel hierfür. Doch gerade dieser Fall gehört nicht in ein System des Rechtsschutzes, weil die Enteignung ein in jeder Beziehung rechtmäßiger Eingriff, der hier zu behandelnde Rechtsschutz aber gegen Rechtswidrigkeiten der öffentlichen Gewalt gerichtet ist. Es muß aber noch ein mittleres Gebiet zwischen schuldhafter Amtspflichtverletzung und rechtmäßigem Eingriff geben: die schuldlos rechtswidrige Handlung und Unterlassung. Auch bei derartigen schuldlosen Schädigungen ist die Frage zum mindesten erlaubt, ob nicht der öffentliche Verband Entschädigung für sie schuldet. Dabei kann es nur die Rechtslage verwirren, wenn man den schuldlos rechtswidrigen Eingriff den rechtmäßigen Eingriffen beizählt. Wohl ist der Richter verpflichtet, einen Angeklagten, von dessen Schuld er überzeugt ist, zu verurteilen. Hat er aber irrtümlich einen Unschuldigen verurteilt, so würde der gesunde Menschenverstand es nie begreifen, wenn man ein solches Fehlurteil als rechtmäßigen Eingriff bezeichnen wollte. Bei allem guten Glauben, bei aller Sorgfalt des Richters ist und bleibt das einen Nichttäter verurteilende Urteil eine Rechtswidrigkeit.

Ein Fall der Schuldlosigkeit scheidet hier aus: der Fall des geisteskranken oder sonstwie geistig nicht normal gewesenen Beamten. Die Staatshaftungsgesetze[3] behandeln den Fall als Deliktshaftung, allerdings, §§ 827, 829 BGB. folgend, nur im Rahmen der Billigkeit. Im übrigen muß man unterscheiden, ob sich der öffentliche Verband durch sein schuldlos rechtswidriges Verhalten bereichert hat oder nicht.

Nehmen wir die zweite Möglichkeit vorweg, so haftet der Staat oder der sonstige öffentliche Verband für schuldlos rechtswidriges Verhalten, das ihm keinen Vorteil bringt, in der Regel nicht. Durch eine schuldlose Personenverwechselung wird ein harmloser Bürger statt des gefährlichen Aufwieglers in Schutzhaft gebracht; auf Grund einer schuldlos falschen Auslegung des Gesetzes versagt die Behörde die beantragte Genehmigung, zu deren Erteilung sie richtiger Ansicht nach verpflichtet war; bei Verfolgung des flüchtigen Verbrechers rennt der Schutzpolizeibeamte, anders als im früher genannten Beispiel,+) ohne das geringste Verschulden jemand um, der gegen alle Voraussicht plötzlich seinen Weg kreuzt. In all diesen Fällen haftet weder der Staat noch der Beamte persönlich. Denn welchen Sinn hätte es, daß RV. Art. 131$^{I}$ in Verbindung mit BGB. § 839 die Amts-

[1] Vgl. Danziger G. v. 22. Febr. 1927. [2] Hierüber oben S. 4.
[3] RGes. v. 22. Mai 10 § 1$^{II}$, pr. G. v. 1. Aug. 09 § 1$^{II}$
+ S. 323 oben

haftung nur bei schuldhafter Amtspflichtverletzung eintreten läßt, wenn darüber hinaus auch schuldlose Rechtswidrigkeit die Amtshaftung begründete! Hier können vielmehr nur besondere Gesetze helfen. Das Reichsgesetz vom 20. Mai 1898 über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen und das vom 14. Juli 1904 über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft sind wohl die bekanntesten Beispiele für eine solche Sonderregelung. Ob man die Tumultschadengesetze, jetzt also das Reichsgesetz vom 12. Mai 1920 über die durch innere Unruhen verursachten Schäden, hierher rechnen soll, weil es ein, allerdings schuldlos, rechtswidriges Verhalten der öffentlichen Gewalt sei, wenn sie gegen derartige Schädlichkeiten nicht wirksam einschreitet, läßt sich nicht eindeutig beantworten, da der Aufruhr so überwältigend auftreten kann, daß man das ohnmächtige Zusehen der Behörden dann nicht einmal mehr als rechtswidrig bezeichnen darf. Dagegen enthält die thüringische LVO. einen zweifellosen Anwendungsfall der öffentlichrechtlichen Entschädigung für schuldlos rechtswidriges Verhalten, wenn sie bei Zurücknahme oder Änderung einer begünstigenden Verfügung wegen sachlicher Unzuständigkeit der Behörde, die sie erlassen hatte, oder wegen Rechtswidrigkeit der Verfügung dem Betroffenen für den Schaden im Rahmen der Billigkeit gerichtlich verfolgbaren Ersatz zuspricht, „soweit nicht gesetzliche Vorschriften in weiterem Umfange Schadenersatz zubilligen" (§ 144$^{\text{II}}$). Der Zusatz weist auf die Amtshaftung hin; hatte die Behörde bei Erlassung des begünstigenden Aktes schuldhaft gehandelt, so kann der in seinem Vertrauen Getäuschte vollen Schadenersatz verlangen, nicht nur im Rahmen der Billigkeit.

Zieht dagegen der Staat oder sonstige Verband aus seinem rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil, so bedarf seine Entschädigungspflicht keiner besonderen gesetzlichen Grundlage, wenn die Rechtswidrigkeit gerade darin besteht, daß er ein mit Entschädigungspflichten belastetes Verfahren umgangen hat. Der Staat kann ein Grundstück gegen Entschädigung enteignen. Nimmt er das Grundstück ohne Enteignungsverfahren weg, baut er z. B. eine öffentliche Straße darüber, so leuchtet ein, daß er den durch solche Rechtswidrigkeit für ihn entstandenen Vorteil nicht entschädigungslos behalten darf. Die Franzosen haben für solche Fälle den fruchtbaren Begriff der „expropriation indirecte", der mittelbaren Enteignung erdacht[1], der die Sachlage noch deutlicher beleuchtet. Die Rechtswidrigkeit kann auch in einer irrigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung liegen. So hatte einmal das OVG. eine Klage gegen die Inanspruchnahme eines Weges als eines öffentlichen zurückgewiesen und damit die Öffentlichkeit des Weges von nun an besiegelt. Trotzdem ließ das Reichsgericht eine Entschädigungsklage mit der Behauptung zu, der Weg sei früher nicht öffentlich gewesen[2]. Hat der Unternehmer oder der öffentliche Verband mit dem enteigneten Grundstück ein dingliches Recht erhalten, ohne daß es im Enteignungsverfahren berücksichtigt wurde, so verurteilt ihn das Reichsgericht, „den Antrag auf Feststellung der Entschädigung beim Regierungspräsidenten anzubringen", ein etwas formalistischer Weg, der aber schließlich zum gleichen Ziele führt wie die unmittelbare Zubilligung der Entschädigung[3]. Vor allem halte man sich ferner vor Augen, daß die Enteignung nicht nur in der Entziehung, sondern auch in der Belastung eines Grundstücks bestehen kann. „Das Grundeigentum kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles ... gegen vollständige Entschädigung entzogen oder beschränkt werden"[4]. Zu den Beschränkungen gehört vor allem auch die Auferlegung einer Dienstbarkeit. So müßte

[1] BERTHÉLEMY a. a. O. S. 697ff.; HAURIOU Précis de droit administratif[11] 1927 S. 752f.

[2] RG. VII 23. Apr. 20, RGZ. 99, 12ff. Vgl. auch LGRat Dr. GMELIN in WürttZ. 48 (1906) S. 277ff.

[3] RG. VII 23. Febr. 10, Gruch. 54 (1910) S. 1186ff.

[4] Pr. EnteignG. v. 11. Juni 74 § 1.

die Heeresverwaltung durch Vereinbarung oder kraft entschädigungspflichtiger Enteignung die einem Militärschießplatz benachbarten Grundstücke mit der Dienstbarkeit belasten, abirrende Geschosse, Lärm und Erderschütterungen dulden zu müssen. Versäumt sie, dies zu tun, benutzt sie aber den Schießplatz zu Schießübungen, so muß sie wenigstens die Entschädigung zahlen, die sie bei ordnungsmäßiger Enteignung hätte entrichten müssen[1]. Das gleiche gilt bei Geräuschen einer öffentlichen Maschinenbauschule[2]. Die Polizeibehörde lehnt ohne gesetzlichen Grund ein Baugesuch ab, da die Unbebaubarkeit dem Straßenverkehr zum Vorteil gereiche, ein an sich vernünftiger, aber nur im Enteignungsverfahren geltend zu machender Gesichtspunkt; da auf dem Grundstücke nun tatsächlich die Unbebaubarkeit als Dienstbarkeit lastete, mußte der Eigentümer entschädigt werden[3]. Derartige „mittelbare Enteignungen" gibt es namentlich auch im Patentrecht. Das Reich nimmt ein Patent tatsächlich in Gebrauch, ohne das für solche Fälle im § 5$^{\text{II}}$ PatGes. vorgesehene Verfahren einzuhalten. Entschädigungspflicht des Reiches ist die Folge[4].

Man erwartet in diesem Zusammenhang die Würdigung des bekannten § 75 Einl.ALR., und doch gehört die Bestimmung nur mit Vorbehalt hierher. Nach § 74 müssen „einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staats . . . den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen". § 75 fährt dann fort:

„Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten."

Wie die Gegenüberstellung mit § 74 ergibt, behandelt die Vorschrift nur den rechtmäßigen Eingriff, nicht die soeben behandelten schuldlos rechtswidrigen Eingriffe. Und doch kann sich der Geschädigte auch in solchen Fällen auf § 75 berufen, sofern er sich auf den Boden der Tatsachen stellt, also die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht in Zweifel zieht. Unter Umständen erreicht er damit mehr, als mit der Behauptung eines unrechtmäßigen Verwaltungsaktes. So gibt es aus früheren Zeiten zugunsten einzelner Fideikommißgüter vertraglich festgelegte Steuerfreiheiten, die nach dem Inhalte der Verträge nur gegen eine Abfindungssumme aufgehoben werden dürfen[5]. Angenommen, das zuständige Finanzgericht verneine rechtskräftig das Fortbestehen jener Steuerfreiheiten nach der Revolution, so wird das mit einer Entschädigungsklage befaßte ordentliche Gericht der Behauptung, das Finanzgericht habe unrichtig entschieden, keine Beachtung schenken, wohl aber dem Vorbringen, die Steuerfreiheit sei nun einmal, gleichgültig, ob zu Recht oder zu Unrecht, beseitigt, der Staat habe daher die im Vertrage vorgesehene Abfindungssumme zu zahlen.

### III. Anhang. Die öffentliche Gewalt als Werkzeug unerlaubter Handlungen Privater[6].

Bis jetzt war von der Schadensersatzpflicht des Staates oder sonstiger öffentlicher Verbände die Rede. Es kann aber vorkommen, daß sich das Begehren des Geschädigten gar nicht gegen den öffentlichrechtlichen Verband richtet, sondern gegen eine Privatperson, die in schuldhaft rechts- oder sittenwidriger Weise die

---

[1] HansOLG. 4. Juni 19, HansRZ. 1920 Sp. 276f.; RG. VI 30. Juni 19, RGZ. 96, 215ff. (mit unnötiger Betonung des der Heeresverwaltung zuzurechnenden Verschuldens). Vgl. hierzu KORMANN-LIST S. 69ff.

[2] RG. V 4. März 16, Gruch. 60 (1916) S. 858ff.

[3] RG. VII 25. Okt. 18, RGZ. 94, 71ff.

[4] RG. I 19. Juni 12, Gruch. 56 (1912) S. 1119ff.; RG. I 28. Sept. 21, RGZ. 102, 390f. Vgl. auch RG. I 3. März 28, RGZ. 120, 264ff.

[5] Vgl. preuß.-old. Vertrag v. 27. Sept. 1866 Art. II Ziff. 2, abgedruckt bei H. SCHULZE Hausgesetze II 1878 S. 450f.

[6] Hierzu Fehlerh. Staatsakt S. 175ff.

öffentliche Gewalt zuungunsten des Geschädigten in Bewegung gesetzt hat. Jemand zeigt seinen Feind wider besseres Wissen als einen gefährlichen Ausländer an und bewirkt so dessen Verbringung in Schutzhaft. Oder ein Beamter berichtet seinem Vorgesetzten Übles über einen Amtsgenossen und verhindert so dessen Beförderung. Oder jemand bezeichnet der Zollbehörde in Deutschland hergestellte Ware bewußt unwahr als Schmuggelware und bewirkt so deren objektiv gesetzwidrige Beschlagnahme.

Rein bürgerlichrechtlich betrachtet, bieten die Fälle überhaupt keine Schwierigkeit, in allen Fällen haftet der Schädigende aus BGB. § 826 oder § 823. Zweifel kann nur vom öffentlichen Rechte kommen, ob nämlich das Gericht befugt ist, den ursächlichen Zusammenhang zwischen der unerlaubten privaten Betätigung und dem staatlichen Verhalten zu bejahen. Man hört bei Gerichten mitunter das Bedenken, eine öffentliche Behörde prüfe die Voraussetzungen für ihr Einschreiten immer selbständig, könne daher nie bloßes Werkzeug einer Privatperson sein[1]. Indessen kann man die Möglichkeit einer Irreführung von Behörden nicht ernsthaft leugnen, auch bei behördlichen Tätigkeiten kann man zu dem sicheren Schlusse gelangen, daß sie unterblieben wären, wenn der Private seine irreführenden Verdächtigungen unterlassen hätte. Auch Zuständigkeitsbedenken bestehen nicht[2]. Wohl gehört die Frage, ob die Behörde einschreiten durfte oder einen Verwaltungsakt hätte vornehmen sollen, dem öffentlichen Rechte an, doch ist sie bloß eine öffentlichrechtliche Vorfrage und unterliegt daher der Prüfung durch die ordentlichen Gerichte (ZPO. § 148). Dies führt zu dem ohne weiteres einleuchtenden Satze, daß die Verwendung der öffentlichen Gewalt zur Begehung einer unerlaubten Handlung den Schädiger nicht von der bürgerlichrechtlichen, vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machenden Schadensersatzpflicht befreit. Das Reichsgericht läßt sogar die Schadensersatzklage wegen Ausbeutung der Rechtskraft eines Zivilurteils gegen die guten Sitten zu[3], obgleich gerade hier schwere Bedenken gegen eine solche leichtherzige Beiseiteschiebung der zwischen den gleichen Parteien rechtskräftig entschiedenen Sache bestehen[4]. Um wieviel mehr muß das Reichsgericht einen Schadensersatzanspruch zubilligen, wenn das schädigende Ereignis ein Verwaltungsakt oder die Nichtvornahme eines solchen war. Als sich jemand während des Krieges seiner Geliebten dadurch entledigte, daß er ihre Verbringung in Schutzhaft veranlaßte, wies das Reichsgericht die Schadensersatzklage der früheren Geliebten nur deshalb ab, weil die Voraussetzungen der Schutzhaft gegeben waren[5]; hätte der Liebhaber unwahre Angaben gemacht, so würde das Reichsgericht verurteilt haben. In einem anderen Falle hatte nach Abschluß eines Grundstückskaufvertrages der Verkäufer die für die Wirksamkeit des Vertrages erforderliche Genehmigung des Landrats arglistig hintertrieben; das Reichsgericht trug kein Bedenken, den Verkäufer für schadensersatzpflichtig zu erklären[6].

## § 15. Verwaltungszwang und andere Mittel zur Verwirklichung des staatlichen Willens.

Otto Mayer I S. 257ff., 271ff., 287ff., 299ff., 358ff., 370ff., II S. 178, 213ff.; Fleiner S. 214ff.; Schoen S. 268ff.; Hatschek S. 156ff., 176ff., 272ff., 424ff.; Loening S. 247—258; G. Meyer-Dochow S. 62ff.; Herrnritt S. 350ff.; Merkl S. 266ff., 279ff.; Kormann AnnDR. 1912 S. 213ff., 195ff.; Kitzinger Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizei-

[1] RG. V 20. Okt. 09, RGZ. 72, 86f. [2] Vgl. oben S. 58.

[3] Z. B. RG. IV. ZivSen. 4. Jan. 26, JW. 1926 S. 1148f.

[4] Fehlerh. Staatsakt S. 181ff. Aus neuerer Zeit u. a. Oertmann, ArchBürgR. 42 (1916) S. 1ff.

[5] RG. VI 14. Febr. 21, RGZ. 101, 322ff.

[6] RG. V 28. März 25, RGZ. 110, 364f. Vgl. noch RG. I 25. März 11, RGZ. 76, 67ff. (Erschleichung e. Patents); RArbG. 2. Febr. 28, BenshSamml. 5, 140ff. (Erschleichung e. vormundschaftsgerichtl. Genehmigung).

gewalt 1913 S. 178ff., 83ff. — Kommentare zum pr. LVG. §§ 132ff. und zur AO. §§ 298ff., 355ff., 385ff.; HENSEL Steuerrecht[2] 1927 S. 144ff., 179ff.; BÜHLER Lehrbuch des Steuerrechts I 1927 S. 340ff., 472ff., 500ff., 512ff.

G. MEYER-ANSCHÜTZ Art. „Verwaltungszwang“ im WStVR. III; STIER-SOMLO Art. „Verwaltungszwang“ im HWBRW. VI 1929. — ANSCHÜTZ Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen, VerwArch. 1 (1893) S. 389ff.; BUCH Das nichtkodifizierte Verwaltungszwangsrecht in Preußen, ArchÖffR. 31 (1913) S. 326ff.; FRIEDRICHS Verwaltungsrechtspflege III 1921 S. 1204ff.; DERSELBE Verwaltungszwang, Stusev. 1924 S. 135ff., 165ff., 181f.; DERSELBE Die Höhe der polizeilichen Zwangsstrafen, Stusev. 1925 S. 315f; ZIEGLER Das Recht des Verwaltungszwangs in Bayern, AnnDR. 1915 S. 724ff.; HOLZ Der Zwangsvollzug der Verwaltungsbehörden, BayGemZ. 40 (1930) Sp. 701ff. m. viel. Forts.; THOMA Der Polizeibefehl im badischen Recht I 1906 S. 89ff., 302ff.; DERSELBE Bemerkungen zum badischen Polizeirecht, BadVerwZ. 1908 S. 13ff.; WECKBACH Das Verwaltungszwangsverfahren in Hessen 1927; KUKULA Der Verwaltungszwang, Wien 1918; KOROPATNICKI Grundriß der Vollstreckung im öff. Recht, Wien 1929. — Über den Verwaltungszwang zur Beitreibung von Geldleistungen H. KAUTZ[6] 1922, HAHN[4] 1927 (Preußen), HECHT 1904 (Sachsen), KARLE 1927 (Baden), BLUMENSTEIN Bern. Festg. f. d. Bundesgericht 1924 S. 181ff. (Schweiz), BRACHT HessZ. 53 (1929) S. 17f. (Jugendamt). HEINEMANN Das Ersatzgeschäft. Ein Beitrag zum allgemeinen Recht der Verwaltung und der Zwangsvollstreckung, Gruch. 69 (1928) S. 319ff., 550ff.

PREGER Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht, ArchÖffR. 7 (1892) S. 365ff.; NEUKAMP Die polizeilichen Verfügungen zur Verhütung strafbarer Handlungen, VerwArch. 3 (1895) S. 1ff.; M. ISAAK Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren, ZStrW. 21 (1901) S. 625ff.; HOFACKER Verhältnis der Exekutivstrafen zu den Kriminalstrafen, VerwArch. 14 (1906) S. 447ff.; DERSELBE Die rechtliche Natur der württembergischen Ungehorsamsstrafe, WürttZ. 48 (1906) S. 340ff., 371ff.; 49 (1907) S. 19ff., 217ff., 276ff.; DERSELBE Zur badischen Ungehorsamsstrafe, BadVerwZ. 1908 S. 45ff., auch 1907 S. 165ff.; DERSELBE Zur „Ungehorsamsstrafe“, WüRV. 14 (1921) S. 37ff.; KÖSTLIN Die württembergische Ungehorsamsstrafe, ebenda S. 1ff.; KRUKENBERG Die Konkurrenz von Verwaltungszwang und Strafverfolgung 1914; STÖLZEL Ordnungsstrafen, Stusev. 1924 S. 90f.; BRESLAUER Die Ordnungsstrafen in der KartellVO., KartellRdsch. 25 (1927) S. 64ff.; TOTZEK Verwaltungszwang z. Erlang. v. Auskünften nach § 27 FürsPflVO., „D. Wohlfahrtspfl. i. d. Rheinpr.“ 5 (1929) S. 209f.

K. A. FREUDENBERG Über polizeilichen Gewahrsam, BadVerwZ. 1907 S. 177ff.; BRUNO ECKSTEIN Die Freiheit der Person, Kiel. Diss. 1922; EICHNER Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei, insbesondere der Präventivpolizeihaft, nach der bayerischen Rechtsentwicklung 1927 S. 46ff. Über Eingriffe in die persönliche Freiheit auch KÖTTGEN in NIPPERDEY I S. 361ff., FINKE Z. d. Thür. PolSchule 3 (1930) S. 27ff., 40ff. — DELIUS Über das Recht der Vollzugsbeamten und des Militärs zum administrativen Waffengebrauch, ArchÖffR. 11 (1896) S. 84ff.; WILFING Der administrative Waffengebrauch der öffentlichen Wachorgane und des Heeres 1909; G. MEYER-ANSCHÜTZ Art. „Waffengebrauch der Vollzugsbeamten, Einschreiten der bewaffneten Macht“ im WStVR. III; DELIUS Das Waffengebrauchsrecht der exekutiven Polizeibeamten, PrVerwBl. 42 (1921) S. 249f.; DERSELBE Der Waffengebrauch, „Die Polizei“ 25 (1928) S. 119ff., 150f.; HOCHE Die Bestimmungen ü. d. Waffengebrauch b. d. pr. Schutzpolizei u. Landjägerei, ZBeamtR. 1 (1928) S. 162ff.; MAJEWSKI Vom Waffengebrauch d. pr. Polizei- u. Landjägereibeamten, „Die Polizei“ 26 (1929) S. 421ff.; FRIEDRICHS Art. „Waffengebrauch“ im HWBRW. VI 1929; WODARG Ist der administrative Waffengebrauch innerhalb bewaffneter Exekutivorgane zulässig? Deutsches Polizei-Archiv 8 (1929) S. 23ff. BALTZ Das Waffengebrauchsrecht der Forst- und Polizeibeamten, ZForstJagdW. 58 (1926) S. 564ff. Über den Waffengebrauch der Forstbeamten oder Jagdaufseher auch REICHMUTH (1908), EBNER[2] (1925), JACOB TEMPLIN[2] (1926). — FRITZ VAN CALKER Das Recht des Militärs zum administrativen Waffengebrauch 1888; ENDRES Der militärische Waffengebrauch[2] 1903; W. JELLINEK Zabern. Über das Verhaftungsrecht des Militärs 1914 (dazu WOLZENDORFF, VerwArch. 22, 1914, S. 517ff.); ROMEN-RISSOM Waffengebrauch und Festnahmerecht des Militärs 1914; R. LIEPMANN Die polizeilichen Aufgaben der deutschen Wehrmacht 1926; EICHNER desgl., BayGemZ. 37 (1927) Sp. 60ff.; K. SCHNEIDER Polizei und Reichswehr 1926; JANISCH Militär und Polizei, „Die Polizei“ 23 (1926) S. 327ff.; FREY Militärhoheit und Polizeihoheit, ebenda 24 (1927) S. 41f.; RITTAU Wehrmacht und Polizei, AnnDR. 62 (1929) S. 222ff.

FINKE „Unmittelbare Maßregeln“, ThürGemKrZtg. 2 (1929) S. 153ff., 190f. — SCHULTZENSTEIN Nothandlungen im Verwaltungsrecht, VerwArch. 16 (1908) S. 123ff.; WOLZENDORFF Staatsnotrecht, ArchÖffR. 27 (1911) S. 220ff.; FRIEDRICHS Polizeinotstand, DJZ. 1923 Sp. 560f.; FURLER Das polizeiliche Notrecht, VerwArch. 33 (1928) S. 340ff.; BERTRAM Gibt es Notwehr des Staates im Verwaltungsrechte? ebenda S. 428ff.; OETKER Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GerS. 97 (1928) S. 411ff.; DERSELBE GerS. 99 (1930) S. 156ff.; PROJAHN Staatsnotrecht, Hall. Diss. 1929; SCHMAHEL Staatsnotwehr u. Staatsnotstand, Deutsches PolArch. 8 (1929) S. 278ff.; Aufsätze von SINZHEIMER, RADBRUCH, GRIMM in „Die Justiz“ V 1929/30; HARTUNG Notwehr und Notstand zugunsten des Staates, JurRdsch. 1931 S. 61ff.; THOMA HdbDStR. II S. 231f. — DEICHMANN Ordnungsstrafe wegen Ungebühr im Disziplinarverfahren,

PrVerwBl. 42 (1921) S. 490; DELIUS Ordnungsstrafrecht wegen ungebührlichen Benehmens, ebenda S. 586f.

J. GOLDSCHMIDT Das Verwaltungsstrafrecht 1902; DERSELBE Das Verwaltungsstrafrecht, Festg. f. KOCH 1903 S. 415ff.; DERSELBE und ANDERS Gutachten zum 3. DJT. i. d. Tschechoslowakei 1927 S. 39ff. (dazu H. R. LIEPMANN i. d. Prag. Jur.Z. 7, 1927, Sp. 475ff.); SCHULTZENSTEIN Über Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit, VerwArch. 11 (1903) S. 149ff.; HOFACKER Über Verwaltungsstrafrecht, VerwArch. 15 (1907) S. 404ff.; DERSELBE Grenzabscheidung zw. Strafrechtsprechung u. Verwaltung 1914; DERSELBE Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform 1919; DERSELBE Der österr. Entwurf eines Verwaltungsstrafgesetzes, PrVerwBl. 43 (1922) S. 565ff.; O. HATSCHEK Studien z. öst. Polizeistrafrecht, GoltdArch. 57 (1910) S. 1ff.; H. ZELLER Beziehungen zw. Strafrecht und Verwaltungsrecht, Festg. f. ZÜRCHER 1920 S. 109ff.; MANNHEIM Strafrecht und Verwaltungsbehörden m. Rücks. a. d. bevorst. Strafrechtsreform, PrVerwBl. 42 (1921) S. 522ff.; TROPS Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts (Strafr. Abh. 208) 1926; M. LÖWENTHAL Brauchen wir ein deutsches VerwStrafR.? VerwArch. 32 (1926/27) S. 168ff.; H. v. WEBER Die Reform des VerwStrafR., Wiss. VJSchr. z. Prag. Jur.Z. 8 (1928) Sp. 129ff.; ANDERS Art. „Verwaltungsstrafrecht“ HWBRW. VI 1929; FUHR u. ASCHER Rechtl. Natur d. Strafe nach HessKrProvO. Art. 66, Hess. Rechtspr. 30 (1930) Sp. 113ff., 289ff.; AUERSWALD Rechtl. Natur d. Kriminal-, Ordnungs-, Zwangs-, Disziplinarstrafe u. Sozialbuße, „Arbeitsrecht“ 16 (1929) Sp. 257ff.; GUCKENHEIMER Strafrecht u. Verwaltung, VerwArch. 35 (1930) S. 276ff. — GRAF ZU DOHNA Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht, VerwArch. 30 (1925) S. 233ff. — Über das österr. Verwaltungsstrafgesetz v. 1925 LANGER 1926, MANNLICHER-CORETH Das Verwaltungsverfahren $^2$ 1927 S. 126ff., KÖRNER ÖZBl. 45 (1927) S. 817ff., CORETH RVerwBl. 50 (1929) S. 151ff., ZIMMERL GerS. 98 (1929) S. 301ff.

SCHORN Die polizeiliche Strafverfügung 1930. MEYER-ESCHENBERG Reichsrecht und Landesrecht im Polizeistrafverfügungsverfahren, Stusev. 1926 S. 385ff.; FRIEDRICHS Polizeil. Strafverfügungen im Lichte des Allg. Rechtes, GoltdArch. 71 (1927) S. 201ff., 241ff., 281ff., 321ff.; WILHELM Pol. Strafrechtspflege i. Württemberg 1929 (auch in „Verwaltungspraxis“ 3, 1929). — Die Schriften zum Straf- und Strafverfahrensrecht der AO. von MEISEL (1920), JULIUSBERGER I$^2$ (1923), GNAD$^2$ (1923), HEINRICH (1923, Erg. 1924), CATTIEN$^2$ (1929), LELEWER (1925), RÖMER (1927), MICHAELIS (1928), MUNDT (1929, Nachtrag 1930). Steuerstrafrecht u. Steuerstrafverfahren nach der AO., Vorträge d. VerwAkad. Berlin, 1931.

Bis jetzt war davon die Rede, wie der einzelne die ihm eingeräumte Rechtssphäre gegen die öffentliche Gewalt verteidigt und seine Rechte durchsetzt. Nunmehr ist die Kehrseite des Verhältnisses zu betrachten. Wie verwirklicht der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt seinen Willen dem einzelnen gegenüber?

Eine privatrechtliche, des Staates unwürdige Lösung wäre es, ihn zur Klage vor den Gerichten zu zwingen, ehe er seinen Willen in die Tat umsetzen darf. Man findet daher diese Notwendigkeit nur ganz vereinzelt in den Gesetzen. So kann das Reich unter gewissen Voraussetzungen den Privatnotenbanken die Befugnis zur Ausgabe von Banknoten entziehen, aber nicht durch Verwaltungsakt, sondern nur durch Klage des Reichswirtschaftsministers, der ein gerichtliches Urteil folgen muß[1]. In der Regel bedarf es des vorgängigen Urteils nicht, vielmehr ist der Verwaltungsakt selbst ordentlicher Vollstreckungstitel. Der Private, um vollstrecken zu können, erwirkt ein gerichtliches Urteil und vollstreckt auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils; für die Verwaltungsbehörde ist der von ihr selbst erlassene förmliche Verwaltungsakt, z. B. der Veranlagungsbescheid, die Polizeiverfügung, die Zwangseinschreibung, genügende Grundlage der Vollstreckung. Daneben kennt die auch in diesem Punkte neuzeitliche thüringische LVO. vom 10. Juni 1926, ähnlich wie ZPO. § 794$^{1 \text{ u. } 5}$, eine Vollstreckung aus Vergleichen und vollstreckbaren Anerkenntnissen (§ 147$^1$). Der Verwaltungszwang ist aber nicht immer Vollstreckung eines vorangegangenen Verwaltungsakts, in Fällen der Not muß die Verwaltung unmittelbar zugreifen können. Man hat daher die Zwangsvollstreckung und den Zwang ohne vorangehenden Verwaltungsakt zu unterscheiden. In nahem Zweckzusammenhang mit der Umsetzung des obrigkeitlichen Willens in die Tat steht dann noch der vermögensrechtliche und der strafrechtliche Schutz der Verwaltung, Gegenstücke zur vermögensrechtlichen und strafrechtlichen Amtshaftung.

---

[1] Privatnotenbankgesetz v. 30. Aug. 24 § 24.

## I. Zwangsvollstreckung.

Gewisse Verwaltungsakte bedürfen keiner Vollstreckung, da sie die Erfüllung des staatlichen Willens in sich tragen: Erlaubniserteilungen, Befreiungen, Machtverleihungen, Machtentziehungen, Widerrufe, Aufhebungen. Mit der Rechtskraft der Auflösungsverfügung z. B. ist die juristische Person aufgelöst, eines Einschreitens mit Gewalt bedarf es nicht mehr. Vollstreckbarer Verwaltungsakt kann vielmehr nur ein Befehl sein oder ein sonstiger Verwaltungsakt, sofern er mit einem Befehle verbunden ist. Befehle aber sind entweder Gebote oder Verbote, haben also entweder Handlungen oder Unterlassungen zum Gegenstande. Auch die vollstreckbare Duldungspflicht ist eine Unterlassungspflicht, nämlich die Pflicht, sich gegen Eingriffe tatsächlicher Art nicht zur Wehr zu setzen. Unterlassungen und Duldungen sind immer unvertretbar; niemand kann für einen andern z. B. die Impfung über sich ergehen lassen. Handlungen dagegen sind entweder, wie das Anstreichen einer Bretterwand, vertretbar oder, wie die Aussage eines Zeugen, unvertretbar. Unter den vertretbaren Handlungen wieder nimmt die Geldzahlung eine besondere Stelle ein. Rechnet man noch der Einfachheit wegen die Herausgabe einer bestimmten Sache oder eines Menschen zu den sonstigen vertretbaren Handlungen, so erhält man die bekannte Einteilung der im Zivilprozeß geregelten Zwangsvollstreckung (ZPO. §§ 803ff., 883ff., 888ff.): Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung vertretbarer Handlungen, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen sowie von Unterlassungen und Duldungen.

1. Bei der **Zwangsvollstreckung wegen öffentlichrechtlicher Geldforderungen** könnte das Gesetz einfach auf die Vorschriften der ZPO. verweisen. Namentlich ließe sich die Verwendung der ordentlichen Gerichte im Vollstreckungsverfahren durch § 4 EG.GVG. rechtfertigen. Die Verwaltungsgesetze machen aber von dieser Möglichkeit nur teilweise Gebrauch.

Für die Beitreibung der Reichssteuern enthält die AO. in den §§ 298ff. eingehende Vorschriften. Ähnliche Bestimmungen finden sich in den Gesetzen oder Verordnungen der Länder, für Preußen in der mehrfach abgeänderten Verordnung vom 15. November 1899.

Die dem Zivilprozeß geläufige Dreiteilung — Zwangsvollstreckung in bewegliche körperliche Sachen, in Forderungen und sonstige zum beweglichen Vermögen gehörige Rechte, in das unbewegliche Vermögen (ZPO. §§ 808ff., 828ff., 864ff.) — findet sich auch beim Verwaltungszwang. Der Unterschied besteht hier nur in der Betrauung anderer Personen und Stellen mit der Zwangsvollstreckung als der in der ZPO. vorgesehenen.

Die Zwangsvollstreckung in bewegliche körperliche Sachen spielt sich so ab, daß der hier an die Stelle des Gerichtsvollziehers tretende Vollziehungsbeamte (Vollstreckungsbeamte) die zur Befriedigung der öffentlichrechtlichen Forderung nötigen Sachen, soweit sie sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, in Besitz nimmt oder mit einem Siegel versieht und später auf Anordnung der Vollstreckungsbehörde versteigert. Geld unterliegt selbstverständlich der Versteigerung nicht.

Bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere zum beweglichen Vermögen gehörige Rechte übt die Vollstreckungsbehörde die Aufgaben des Vollstreckungsgerichts aus, z. B. das Finanzamt für Steuerforderungen, der Bürgermeister für Kosten, die der Polizeipflichtige zu ersetzen hat. Einzelne Länder verwenden die Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte[1]. Soll eine Geldforderung gepfändet werden, so verbietet die Vollstreckungsbehörde dem Drittschuldner, an den Schuldner zu zahlen, und dem Schuldner, also dem, der öffent-

[1] Z. B. bad. G. v. 12. Apr. 99 § 3, thür. LVO. § 183.

lichrechtlich zur Zahlung an die Behörde verpflichtet ist, irgendeine Verfügung über die Forderung vorzunehmen. Außerdem überweist sie die Forderung dem Berechtigten zur Einziehung. Ist sie selbst die für den Empfang des Geldes zuständige Stelle, so bestimmt sie, daß sie selbst die Forderung einziehen kann (AO. § 334). Im Verhältnis zum Drittschuldner entsteht dadurch kein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis. Weigert sich also der Drittschuldner, etwa ein Darlehnsschuldner dessen, gegen den die Vollstreckung gerichtet ist, den geschuldeten Darlehnsbetrag zu zahlen, so bleibt der Behörde nichts übrig als Erhebung der Klage vor den ordentlichen Gerichten. Wie im Zivilprozeß gelten dann noch besondere Vorschriften für die Zwangsvollstreckung in Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung von Sachen und in sonstige Vermögensrechte, z. B. Verlags- und Patentrechte.

Ähnlich hätte auch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen geregelt werden können. Da aber die richtige Handhabung der bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken zu beobachtenden Regeln eine lange Übung voraussetzt, die nur bei den Gerichten oder den Notaren, wo diese an die Stelle der Gerichte treten, vermutet werden kann, begnügen sich die Gesetze durchweg mit dem Hinweis auf die Vorschriften des gerichtlichen Verfahrens[1]. Es gilt hier also neben den Vorschriften der ZPO. über Eintragung einer Sicherungshypothek das Reichsgesetz vom 24. März 1897 über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung in jeder Beziehung, nicht nur in sinngemäßer Anwendung.

**2.** Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung vertretbarer Handlungen ist bekannt unter dem Namen der **Ersatzvornahme.** Sie ist in Preußen im § 132[1] des LVG. geregelt[2], für den Bereich der Reichssteuerverwaltung in den §§ 347ff., 202 der AO. Für Preußen ist hervorzuheben, daß nicht jede Verwaltungsbehörde diese Art von Vollstreckung anordnen kann, sondern nur die im Gesetze ausdrücklich genannten Behörden, also der Regierungspräsident, der Landrat, die Ortspolizeibehörde, der Gemeindevorsteher, außerdem die in zerstreuten Einzelgesetzen ermächtigten Behörden. Ist allerdings eine Behörde ganz allgemein zur Zwangsdurchführung ihrer Maßnahmen ermächtigt, so steht ihr die Ersatzvornahme ohne weiteres zu. Von der zivilprozessualen Ersatzvornahme (ZPO. § 887) unterscheidet sich die verwaltungsrechtliche im wesentlichen nur dadurch, daß es im Zivilprozeß für die Erzwingung vertretbarer Handlungen nur die Ersatzvornahme gibt, während im Verwaltungsrecht die vertretbaren Handlungen daneben nach Art der unvertretbaren vollstreckt werden können, eine begreifliche Abweichung, wenn man bedenkt, daß sich der verwaltende Staat keine Möglichkeit zur Durchsetzung seines Willens entgehen lassen darf. Eine Art Ersatzvornahme ist auch die vom Gesetze meist nicht ausdrücklich genannte Vollstreckung der Pflicht zur Herausgabe von Sachen und Menschen, doch gelten hierfür sinngemäß die besonderen Vorschriften der ZPO.[3]

Über die Ersatzvornahme bestimmt z. B. das preußische Gesetz (LVG. § 132):

„Die Behörde hat, sofern es tunlich ist, die zu erzwingende Handlung durch einen Dritten ausführen zu lassen und den vorläufig zu bestimmenden Kostenbetrag im Zwangswege von dem Verpflichteten einzuziehen."

Die Ersatzvornahme geht also so vor sich: Die Staatsbibliothek in Berlin z. B. erhält von einem Buchdrucker nicht das ihr angeblich zustehende Pflichtexemplar eines bestimmten Werkes und wendet sich an die zuständige Ortspolizeibehörde mit dem Ersuchen um Verschaffung des Buches[4]. Die Ortspolizeibehörde ordnet

---

[1] AO. § 345, pr. VO. v. 15. Nov. 99 § 51. [2] Vgl. auch PolG. 1931 § 55.

[3] FRIEDRICHS VRPflege III 1921 S. 1258ff. Über die Gleichstellung der Herausgabe von Kindern mit der Herausgabe von Sachen vgl. STEIN-JONAS ZPO. II[14] 1929 S. 880 (§ 883 III).

[4] Über diesen Fall vgl. unten S. 420f.

Ablieferung des Buches binnen zwei Wochen an, widrigenfalls sie es auf Kosten des Druckers in einer Buchhandlung kaufen werde. Kommt der Drucker auch jetzt der Anordnung nicht nach, so setzt die Ortspolizeibehörde den Kostenbetrag vorläufig in Höhe des Ladenpreises von z. B. 50 RM fest, zieht den Betrag nach den Vorschriften über die Beitreibung öffentlichrechtlicher Geldforderungen beim Drucker ein, kauft damit das Buch in einer Buchhandlung und liefert es an die Staatsbibliothek in Berlin ab. War der Drucker noch selbst im Besitze von Exemplaren, so hätte die Ortspolizeibehörde ihm einfach eines wegnehmen und ihm überlassen können, sich deswegen mit dem Verleger auseinanderzusetzen. Es bedarf wohl kaum der Hervorhebung, daß die Beziehungen zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Dritten, hier der Buchhandlung, rein bürgerlichrechtlich bleiben.

3. Für die Erzwingung nicht vertretbarer Handlungen, ferner von Unterlassungen und Duldungen, steht der Behörde als Vollstreckungsmittel die **Zwangsstrafe** (Erzwingungs-, Exekutiv-, Ungehorsams-, Beugestrafe) zur Verfügung. Doch macht, wie schon erwähnt, das Verwaltungsrecht die scharfe Unterscheidung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Handlungen nicht, die Ersatzvornahme ist das für vertretbare Handlungen vorgesehene Zwangsmittel nur, „sofern es tunlich ist".

Obgleich die Zwangsstrafe keine echte Strafe ist, hat sie doch solche Ähnlichkeiten mit ihr, daß man den Grundsatz „nulla poena sine lege" auch auf sie anwendet. Ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung darf keine Behörde eine Zwangsstrafe androhen oder festsetzen[1]. Solche gesetzlichen Bestimmungen finden sich für Preußen im § 132² LVG.[2], für die Reichssteuerverwaltung im § 202 AO. Die preußischen Vorschriften lauten:

„Kann die zu erzwingende Handlung nicht durch einen Dritten geleistet werden, — oder steht fest, daß der Verpflichtete nicht imstande ist, die aus der Ausführung durch einen Dritten entstehenden Kosten zu tragen, — oder soll eine Unterlassung erzwungen werden, so sind die Behörden berechtigt, Geldstrafen anzudrohen und festzusetzen, und zwar [nach der Reichsverordnung vom 6. Februar 1924 bis zu 1000 RM, nach einer Verordnung des preußischen Ministers des Innern vom 29. November 1923, die nur die Bedeutung eines Dienstbefehls hat, aber]: a) die Gemeindevorsteher bis zur Höhe von 150 RM; b) die Ortspolizeibehörden und die städtischen Gemeindevorsteher(-vorstände) in einem Landkreise bis zur Höhe von 300 RM; c) die Landräte sowie die Polizeibehörden und Gemeindevorsteher (-vorstände) in einem Stadtkreise bis zur Höhe von 500 RM; d) der Regierungspräsident bis zur Höhe von 1000 RM.

Gleichzeitig ist nach Maßgabe der §§ 28, 29 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich die Dauer der Haft festzusetzen, welche für den Fall des Unvermögens an die Stelle der Geldstrafe treten soll."

Wie bei der Ersatzvornahme bedarf es auch hier der vorherigen schriftlichen Androhung des Zwangsmittels.

Die Behörde erläßt also zunächst eine Verfügung, etwa des Inhalts, daß der Gutsbesitzer A binnen vierzehn Tagen ein Verzeichnis der bei ihm beschäftigten ausländischen Arbeiter einzureichen habe. Gleichzeitig mit dieser Anordnung oder in einem späteren besonderen Verwaltungsakt droht sie eine Zwangsstrafe an, z. B. „bei Vermeidung einer Geldstrafe von 100 RM, an deren Stelle im Falle der Unbeibringlichkeit eine Haftstrafe von fünf Tagen tritt". Reicht der Gutsbesitzer das Verzeichnis nicht rechtzeitig ein, so kann die Behörde erwägen, ob sie jetzt Ernst machen oder es noch einmal gütlich versuchen soll. Wählt sie die erste Möglichkeit, so setzt sie in einem förmlichen Verwaltungsakt eine Geldstrafe von 100 RM fest und vollstreckt sie nötigenfalls. So mündet auch diese Art des Verwaltungszwanges in die Vollstreckung öffentlichrechtlicher Geldforderungen aus.

Das Beispiel lehrt deutlich den Unterschied zwischen Zwangsstrafe und Strafe im Sinne des Strafrechts (echter Strafe). Die echte Strafe

---

[1] Nur die früher stark rückständigen Verhältnisse in Mecklenburg machen es verständlich, daß dort die Ungehorsamsstrafe ein observanzmäßiges Attribut der Polizei gebildet hat: OLG. Rostock 16. Mai 08, MeckIZ. 27 (1909) S. 30ff.; s. a. unten S. 343 N. 2.

[2] Vgl. auch PolG. 1931 §§ 55f. („Zwangsgeld" nicht über 150 RM, „Zwangshaft").

wird durch *Rechtssatz* angedroht, die Zwangsstrafe durch *Verwaltungsakt*. Für die Verhängung der echten Strafe gilt, wenigstens in der Regel, das sog. *Legalitätsprinzip*, d. h. die Strafe *muß* beim Vorliegen einer strafbaren Handlung oder Unterlassung verhängt werden, während bei der Zwangsstrafe das sog. *Opportunitätsprinzip* herrscht, die Behörde also von der Festsetzung der Strafe absehen kann, wenn sie z. B. glaubt, durch die hierdurch zu befürchtende Verstimmung des als Wohltäter bekannten Verpflichteten das Gemeinwohl zu gefährden. Die peinliche Strafe sieht nach *rückwärts* oder, vorsichtiger ausgedrückt, *auch* nach rückwärts; das „quia peccatum est" haftet ihr, trotz aller neueren Theorien, auch heute noch an; die Zwangsstrafe dagegen sieht ihren Zweck ausschließlich in der *Zukunft*, sie will nicht Vergangenes sühnen, sondern eine zukünftige Handlung, Unterlassung oder Duldung erzwingen. Daraus ist die wichtige Folgerung zu ziehen, daß die Zwangsstrafe nicht mehr verhängt werden darf, wenn die Anordnung zwar nach Ablauf der festgesetzten Frist, aber vor Festsetzung der Strafe erfüllt oder hinfällig wurde[1]. Dagegen läßt sich zur Unterscheidung von echter Strafe und Zwangsstrafe nicht der Gedanke verwerten, daß für jene der *Grundsatz „ne bis in idem"* gelte, für diese nicht. Allerdings kann bei der Zwangsstrafe die Strafandrohung beliebig oft wiederholt oder von Anfang an für eine Mehrzahl von Fällen[2] ausgesprochen werden, aber auch im Strafrecht gibt es Dauerdelikte, z. B. das Halten gefährlicher wilder Tiere ohne polizeiliche Erlaubnis (StGB. § $367^{I\,11}$), die eine vielfache Bestrafung, allerdings für verschiedene Zeitabschnitte, zulassen.

Aus den geschilderten mannigfachen Verschiedenheiten ergibt sich, daß die Regeln des Strafrechts zum mindesten nicht unmittelbare Anwendung auf die Zwangsstrafe finden. Einige Regeln mögen sinngemäß gelten, so die über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit, andere kommen sicher nicht in Betracht, so die über Verjährung, Anrufung des Strafrichters[3]. Danach sollte man meinen, daß auch die Frage der *Häufbarkeit von echter Strafe und Zwangsstrafe* ohne Bedenken bejaht werden müßte. In Wirklichkeit ist die Frage sehr streitig. Namentlich verneinte bis vor kurzem die preußische Rechtsprechung die Möglichkeit einer Häufung[4]. Hat also z. B. jemand eine Krankenanstalt ohne gewerbepolizeiliche Genehmigung eröffnet, so kann ihm die Ortspolizeibehörde nach dieser Lehre nur die Fortführung des Betriebes verbieten und die Zwangsschließung der Anstalt, nicht aber eine Zwangsstrafe androhen, da § $147^{I\,1}$ GewO. den ungenehmigten Gewerbebetrieb mit echter Strafe bedroht. Die Auffassung hat manches für sich, wenn Strafe und Zwangsstrafe sich auf den gleichen Zeitraum beziehen, wenn also z. B. eine Zwangsstrafe festgesetzt wird, weil der Gewerbetreibende noch nach dem 1. Juni den Betrieb fortgesetzt hat, und wegen eben dieser Fortsetzung des Betriebes nach dem 1. Juni auch der Staatsanwalt einschreitet; echte Strafe und Zwangsstrafe sind zwar wesensverschieden, aber doch auch wieder so nahe miteinander verwandt, daß die Häufung als Doppelbestrafung empfunden würde. Daher läßt sich eine vereinzelte reichsrechtliche Äußerung im § 68 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 nicht gegen

[1] Vgl. PrOVG. 20. Okt. 80, Entsch. 7, 347f.; SächsOVG. 18. Nov. 26, Jahrb. 32, 88ff. Noch weiter geht OLG. Jena 17. Dez. 24, SächsThürArchR. 2 (1925) S. 295f. bei Auslegung des § $888^{I}$ ZPO.: Unzulässigkeit der Strafvollstreckung bei Erfüllung vor der *Beitreibung*. Über die Frage der Wirkung einer Aufhebung des mit Zwangsstrafe geschützten Befehls auf bereits gezahlte Strafgelder vgl. oben S. 287 N. 4.

[2] Über die Grenzen dieser Möglichkeit PrOVG. 20. Apr. 91, Entsch. 21, 324ff.; OldOVG. 7. Jan. 13, OldZ. 40 (1913) S. 239ff.; ThürOVG. 19. Okt. 23, Jahrb. 9, 126ff.

[3] Wegen des Verschuldens vgl. ThürOVG. 4. Okt. 16, Jahrb. 4, 174ff.

[4] PrOVG. 9. Apr. 79, Entsch. 5, 278ff.; PrOVG. 7. Mai 08, Entsch. 52, 302ff. (mit starken Zweifeln S. 310). — Ebenso bay. PolStGB. Art. $21^{I}$, bay. GemO. Art. $53^{I}$; SächsOVG. 8. Febr. 29, Jahrb. 33, 295ff.; BadVGH. 4. Juli 22, BadVerwZ. 1922 S. 141; BraunschwVGH. 1. Febr. 11, BraunschwZ. 58 (1911) Beil. S. 16ff. — Für die Häufbarkeit jetzt vor allem PrOVG. (Plenum) 13. Febr. 29, Entsch. 84, 276ff.; ferner ThürOVG. 19. Okt. 23, Jahrb. 9, 126ff.; LVG. Schwerin 21. Dez. 23, MecklZ. 41 (1925) S. 225ff. Vgl. auch RG. II 15. Febr. 27, RGZ. 116, 151ff.

die genannte Auffassung verwerten. Denn der mit der Geburtsanzeige säumige Vater wird nur einmal, wegen nicht rechtzeitiger Anzeige, bestraft; deshalb muß dem Standesbeamten für die Zukunft die Waffe der Zwangsstrafe in die Hand gegeben werden. Dagegen deuten einige Bestimmungen in neueren preußischen Gesetzen auf eine bewußte Abkehr von der früheren Rechtsprechung des OVG. hin. Im § 378 des Wassergesetzes vom 7. April 1913 findet sich zum ersten Male die Wendung: „Durch die Strafbestimmungen der §§ 374, 375 werden die Polizeibehörden nicht gehindert, nach § 132 Nr. 2 LVG. Geldstrafen zur Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung anzudrohen und festzusetzen". Eine ähnliche Vorschrift enthalten § 130 des Fischereigesetzes vom 11. Mai 1916[1] und § 9<sup>II</sup> des Moorschutzgesetzes vom 20. August 1923. Diese neuere Entwicklung zeugt davon, daß sich die richtige Ansicht Bahn bricht. Das PrOVG. hat dem Rechnung getragen und durch Plenarentscheidung vom 13. Februar 1929 seine frühere, die Häufbarkeit verneinende Rechtsprechung aufgegeben. Man bedenke auch, daß die Verwaltungsbehörden nicht Herren der echten Strafen sind, bei Vergehensstrafen überhaupt nicht, bei Übertretungsstrafen höchstens in der Form gerichtlich aufhebbarer Strafverfügungen. Sie wären also bei Richtigkeit jener älteren Rechtsprechung in der Erfüllung ihrer Aufgaben lahmgelegt. Wie stilwidrig klingt es doch, wenn die Behörde nicht mit der Verhängung einer Zwangsstrafe, sondern mit der Anzeige an die Staatsanwaltschaft droht! Die AO. verbietet allerdings ausdrücklich die Häufung von Zwangsstrafe und echter Strafe, aber auf solch eigentümliche Art, daß man daraus keine allgemeine Regel ableiten kann (§§ 202, 377). Hier ist es nämlich gegen alle Regel die Zwangsstrafe, die die echte Strafe ausschließt, und die echte Strafe ist eine als „Ordnungsstrafe" bezeichnete Strafe, die für alle nicht ausdrücklich vorgesehenen Steuerzuwiderhandlungen angedroht ist. Die Regelung der AO. erklärt sich daher am ungezwungensten so, daß die Sonderstrafe der aushilfsweise angedrohten Strafe vorgehen soll.

4. Im Gegensatze zum Zivilprozeß, der für die Erzwingung von Handlungen, Unterlassungen und Duldungen eine Steigerung der Zwangsstrafe nicht kennt, kann der verwaltende Staat der äußersten Form des Zwanges, der **Anwendung von Gewalt,** nicht entraten. Dabei ist es klar, daß es schon bei der Pfändung, der Ersatzvornahme, der Räumung eines Grundstücks, der Wegnahme einer beweglichen Sache oder eines Kindes zur Anwendung körperlicher Gewalt gegen Widerstände des Verpflichteten kommen kann. Hier handelt es sich um die Gewaltanwendung zur Erzwingung einer bestimmten, vom Staate gewollten Handlung, Unterlassung oder Duldung. Das LVG. nennt die Anwendung von Gewalt „unmittelbaren Zwang" und gestattet ihn als nur aushilfsweise zulässiges Zwangsmittel (§ 132[3]):

„Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausführbar ist."

Ähnlich lautet die Bestimmung der AO. im § 202<sup>IV</sup>.

a) Vor allem richtet sich die Gewalt gegen die Freiheit der Person. Nach RV. Art. 114<sup>I</sup> ist eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt nur auf Grund von Gesetzen zulässig. Solche Gesetze sind die soeben erwähnten Vorschriften über die Zwangsvollstreckung im Wege unmittelbaren Zwanges. Aber auch die allgemein gehaltenen Bestimmungen über den Aufgabenkreis der Polizei würden unter Umständen einen Eingriff in die persönliche Freiheit rechtfertigen.

Die Zwecke der körperlichen Freiheitsbeschränkung oder -entziehung können verschiedenartig sein. Der häufigste Fall ist der der zwangsweisen Ortsveränderung. Die Polizeibehörde läßt den ausgewiesenen Ausländer durch „Schub"

[1] Ebenso lüb. FischereiO. v. 28. Febr. 20 § 35<sup>IV</sup>. Vgl. auch GaststättenG. v. 28. Apr. 30 § 22<sup>I</sup>.

an die Grenze bringen, läßt den auf Vorladung nicht erschienenen Fremden vorführen, bringt den entflohenen Sohn oder den entlaufenen Lehrling (GewO. § 127d) zu den Eltern oder dem Lehrherrn zurück oder führt das schulpflichtige Kind in die Schule. Oder die Freiheitsbeschränkung dient einer Änderung an der Person des Verpflichteten; Zwangsimpfung, Zwangsentlausung, Zwangsheilung des mit einer ansteckenden Krankheit Behafteten sind Beispiele dafür. Oder der Eingriff in die Freiheit hat die Bedeutung einer vorbereitenden Verwahrung. Ein Ausländer soll ausgewiesen werden, aber sein angeblicher Heimatstaat bestreitet, daß der Auszuweisende ihm angehört. Bis zur Klärung dieser Frage kann die Polizeibehörde den Auszuweisenden festnehmen, wenn sie ein berechtigtes Interesse hat, ihn im Auge zu behalten, solange er sich auf deutschem Boden befindet. Endlich ist denkbar die Festnahme als Selbstzweck. Dies ist z. B. bei der Strafhaft der Fall, bei der Verbringung eines Irrsinnigen in eine Irren-, eines Arbeitsscheuen in eine Arbeitsanstalt[1], vor allem bei der politischen Schutzhaft und der Schutzhaft zur Beschützung des Festgenommenen. Weit verbreitet ist der Irrtum, die politische Schutzhaft staatsgefährlicher Personen sei nur nach Verhängung des Ausnahmezustandes zulässig. In Wirklichkeit ist sie bei gegebener Voraussetzung jederzeit zulässig, in Preußen nach § 6 des Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850[2]. Die Bestimmung lautet:

„Die im § 3 genannten Behörden, Beamten und Wachtmannschaften (gemeint sind die Polizeibehörden und andere Beamte, denen nach den bestehenden Gesetzen die Pflicht obliegt, Verbrechen und Vergehen nachzuforschen) sind befugt, Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen, wenn der eigene Schutz dieser Personen oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit und Ruhe diese Maßregel dringend erfordern. Die polizeilich in Verwahrung genommenen Personen müssen jedoch spätestens im Laufe des folgenden Tages in Freiheit gesetzt oder es muß in dieser Zeit das Erforderliche veranlaßt werden, um sie der zuständigen Behörde zu überweisen.“

Die Bestimmung ist also sehr weit gefaßt. Nicht nur die politische Schutzhaft fällt darunter, sondern jede zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit und Ruhe angeordnete Schutzhaft. Auch die in Gesetzen anderer Länder[3] ausdrücklich vorgesehene Verbringung eines Trunkenen auf die Wache gehört hierher. Meist wird die Schutzhaft allerdings nicht Zwangsvollstreckung sein, sondern Zwang ohne vorangegangenen förmlichen Verwaltungsakt, aber auch als Zwangsvollstreckung ist sie denkbar, zumal das preußische Recht die Haftstrafe als Zwangsmittel nur in der Form der Ersatzhaft kennt, also nur, wenn die Geldstrafe wegen Unvermögens nicht beigetrieben werden kann. Die Polizei verbietet z. B. einem Tänzerpaar das Tanzen ohne Bekleidung. Nützen die zur Verfügung stehenden Zwangsstrafen nicht, so kann die Polizeibehörde für den Abend, an dem das Paar auftreten wollte, dessen Verbringung in Haft anordnen, wenn sie der Ordnungswidrigkeit nicht auf andere Weise Herr werden kann. Mit der Festnahme und der Untersuchungshaft des Strafprozesses hat dieser Eingriff in die persönliche Freiheit nichts zu tun, da die Behörde nicht die Sühnung einer strafbaren Handlung, sondern die Verhinderung einer Gesetz- oder Ordnungswidrigkeit im Auge hat.

b) In engem Zusammenhange mit der Freiheit der Person steht die Unverletzlichkeit der Wohnung. Denn das Gesetz faßt die Wohnung als eine Art Zubehör des Menschen auf und erweitert auf diese Weise die persönliche Freiheitssphäre. Nach RV. Art. 115 sind Ausnahmen von der Freiheit und Unverletzlichkeit der Wohnung jedes Deutschen nur auf Grund von Gesetzen zulässig. Nach Abbau der Wohnungszwangswirtschaft, die eine empfindliche Ausnahme darstellte, kommen wieder vor allem die landesrechtlichen Vorschriften über das Eindringen in Wohnungen in Frage. Das preußische Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850[4] verbietet für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. März das Ein-

[1] Z. B. bay. G. v. 16. Juli 26 Art. $9^{I}$. [2] Ähnlich PolG. 1931 § 15.
[3] Z. B. bad. PolStGB. § $76^{II}$. [4] Ähnlich PolG. 1931 § 16.

dringen in die Wohnung von 6 Uhr abends bis 6 Uhr morgens, für das Sommerhalbjahr von 9 Uhr abends bis 4 Uhr morgens (§ 8). Doch durchbricht es die Regel mit vielen Ausnahmen. Namentlich gilt die Vorschrift nicht „in Fällen einer Feuers- oder Wassersnot, einer Lebensgefahr oder eines aus dem Inneren der Wohnung hervorgegangenen Ansuchens" (§ 9). Auch darf der „Zutritt zu den von Militärpersonen benutzten Wohnungen... den Militärvorgesetzten oder -beauftragten, behufs Vollziehung dienstlicher Befehle, auch zur Nachtzeit nicht versagt werden" (§ 10). Die Vorschrift ist auch heute noch in Geltung, obgleich das Militär eine Reichseinrichtung geworden ist, da sie die Befugnisse des Militärs nicht einengt, sondern eine der Ausübung der Militärgewalt entgegenstehende Schranke beseitigt[1]. Andere Ausnahmen beziehen sich auf die dem Publikum geöffneten Räume (§ 9), auf die Wohnungen der unter Polizeiaufsicht stehenden Personen, auf Schlupfwinkel des Glückspiels u. dgl. (§ 12).

c) Die schärfste Form des Vorgehens mit Gewalt ist der Waffengebrauch. Soweit Gesetze ihn ausdrücklich regeln[2], bietet seine Anwendung meist keine rechtlichen Schwierigkeiten. Nur beim Schweigen der Gesetze erhebt sich die Frage nach seiner Zulässigkeit und der Bedeutung von Dienstanweisungen über ihn.

Nach der bekannten Auslegungsregel des § 89 Einl.ALR.: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann", folgt aus der Befugnis zur Gewaltanwendung, zur Anwendung „unmittelbaren Zwangs", auch die Befugnis zum Waffengebrauch[3]. Widersetzt sich also z. B. der ausgewiesene Ausländer der zwecks Vollziehung der Ausweisung angeordneten Festnahme, so kann ihn der Polizeibeamte durch Schläge mit dem Gummiknüppel gefügig machen. Auch der zum Zwecke einer leichten Verwundung auf den fliehenden Festzunehmenden oder den entflohenen Gefangenen abgegebene Schuß ließe sich noch durch jenen Zweckgedanken rechtfertigen, ebenso wie das Hetzen eines Polizeihundes auf ihn[4]. Die Gesetze über den Waffengebrauch bilden also nicht erst die Grundlage für dessen Zulässigkeit, engen ihn vielmehr durch genaue Umschreibung seiner Voraussetzungen und Formen ein. Sie verbieten z. B. das Schießen auf Kinder oder, durch Bezeichnung bestimmter Waffen, die Anwendung entwürdigender und übergefährlicher Waffen, wie der Reitgerte oder des Maschinengewehrs, oder den Gebrauch der Schußwaffe ohne vorgängige Warnung. Die gleiche Bedeutung kommt aber auch den Dienstvorschriften über den Waffengebrauch zu. Sie bestimmen, in welchen Grenzen die zuständige Behörde dem Vollzugsbeamten die Befugnis zum Waffengebrauch überträgt[5].

Am gefährlichsten für den Bürger kann der Waffengebrauch in der Hand des Militärs werden, da der Soldat zum rücksichtslosen Gebrauch seiner Waffe erzogen wird. Daher bestimmte z. B. Art. 36 der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850, die bewaffnete Macht könne zur Unterdrückung innerer Unruhen und zur Ausführung der Gesetze nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen und Formen und auf Requisition der Zivilbehörde verwendet werden, doch so, daß von der zweiten Voraussetzung das Gesetz Ausnahmen zulassen könne. Die neue preußische Verfassung konnte eine solche Vorschrift nicht mehr aufnehmen, da inzwischen das Heer eine Reichseinrichtung geworden war, aber auch in den Weimarer Grundrechten fehlt eine entsprechende Vorschrift. Der Reichsgesetzgeber hatte daher

---

[1] Andr. Ans. R. Liepmann Die polizeil. Aufgaben der deutschen Wehrmacht 1926 S. 21ff.

[2] Z. B. RGes. v. 2. Juli 21 über den Waffengebrauch des Grenzaufsichtspersonals der Reichsfinanzverwaltung.

[3] Vgl. RG. III. ZivSen. 21. Apr. 25, PrVerwBl. 47 (1926) S. 297 u. JW. 1926 S. 1161f., das die Befugnis der Polizei zum Waffengebrauch aus ALR. § 10 II 17 ableitet. S. jetzt PolG. 1931 § 55[I].

[4] Vgl. PrOVG. 24. Nov. 13, Entsch. 66, 431ff.

[5] RG. III 21. März 22, RGZ. 104, 203f. Wegen der Befugnis der preußischen Polizeibeamten zum Gebrauche der Schußwaffe vgl. jetzt Runderl. d. pr. M. d. I. v. 11. Juli 28, MinBliV. 1928 Sp. 687f.

freie Hand, als er im § 17 des Wehrgesetzes vom 23. März 1921 das Einschreiten des Militärs im Innern näher regelte. Grundsätzlich bedarf es eines Ersuchens der Landesregierung[1] oder der von ihr bestimmten Behörden. Das Ersuchen soll nur ergehen, wenn die eigenen Kräfte nicht ausreichen. Voraussetzung ist immer das Vorhandensein eines öffentlichen Notstandes oder einer Bedrohung der öffentlichen Ordnung. Doch darf man annehmen, daß schon dann die öffentliche Ordnung bedroht ist, wenn den Vollziehungsbeamten heftiger Widerstand geleistet wird, da in solchen Fällen schon die ZPO. militärische Hilfe vorsieht (§ $758^{III}$). Selbständiges militärisches Einschreiten ist außer dem Falle der Notwehr nur zulässig, wenn die Zivilbehörden durch höhere Gewalt außerstande gesetzt sind, das militärische Einschreiten herbeizuführen.

d) Eine abgeschwächte Form der Anwendung von Gewalt ist endlich die Siegelung oder Plombierung von Sachen. Jemand betreibt unerlaubterweise einen Bierausschank und soll polizeilich daran gehindert werden. Die Behörde müßte bei Hartnäckigkeit des Wirtes einen Polizeibeamten hinstellen, der ihn ständig überwacht und gegebenenfalls am Ausschank mit körperlicher Gewalt hindert. Statt dessen bedient sie sich besser einer symbolischen Gewalt: sie versiegelt den Bierdruckapparat und umgibt so ein geringes körperliches Hindernis mit einem empfindlichen strafrechtlichen Schutze. Der Siegelbruch wird zwar weniger hart bestraft als der Widerstand gegen die Staatsgewalt, aber doch mit Gefängnis bis zu sechs Monaten (StGB. § 136). Daneben bleibt es der Behörde unbenommen, erforderlichenfalls die Sache wirklich, nicht bloß symbolisch, unbrauchbar zu machen: sie nimmt den Bierdruckapparat weg oder zerstört ihn, wenn die Wegnahme nicht möglich ist; sie erschießt den Hund, den der Herr trotz Befehls ohne Maulkorb herumlaufen läßt, oder zieht ihn ein[2].

## II. Zwang ohne vorangehenden förmlichen Verwaltungsakt.

Rechtsstaatlichen Idealen entspricht es, daß der Vollziehungsbeamte nicht ohne weiteres Gewalt anwendet, sondern nur auf Grund eines vorangegangenen förmlichen Verwaltungsaktes, der dem Verpflichteten spätestens mit Beginn der Zwangsmaßnahmen, möglichst aber vorher eröffnet wird. Aber wie der einzelne unter Umständen behördliche Hilfe nicht abwarten kann, sondern persönlich sein Recht durchsetzen muß (oben S. 292ff.), so gibt es auch für die öffentliche Gewalt Fälle, in denen sie ohne vorangehenden förmlichen Verwaltungsakt zur Tat schreitet. Otto Mayer[3] nennt dies den Fall des „unmittelbaren Zwangs". Da aber das preußische Recht unter „unmittelbarem Zwang" soviel versteht wie Gewaltanwendung gegen Personen und Sachen[4], vermeidet man den Ausdruck hier besser. Die thüringische LVO. (§ 186) spricht weniger mißverständlich von der „unmittelbaren Ausführung von Maßregeln".

Solche unmittelbare Ausführung von Maßregeln kann kraft besonderen Gesetzes erlaubt sein. So gestattet das Lebensmittelgesetz vom 5. Juli 1927 den Polizeibeamten und behördlich ermächtigten Sachverständigen, in Kaufläden ohne weiteres einzutreten und dort Proben von Bedarfsgegenständen zu entnehmen (§ $7^{I}$). Ebensowenig bedarf es für die polizeiliche Beseitigung unbefugt errichteter Fernmeldeanlagen einer vorherigen Androhung (FernmeldeanlG. § $22^{I}$).

Auch hier ersetzt das besondere Gewaltverhältnis die gesetzliche Grundlage. Der Lehrer kann den trägen Schüler kurzer Hand zurückhalten und einsperren. Der vorherigen Zustellung eines Arrest- oder Karzerzettels an die Eltern bedarf es nicht.

---

[1] Über die Befugnisse der Reichsministerien vgl. meinen Beitrag zur Festschr. f. Pappenheim 1931 S. 209ff.

[2] Vgl. LVG. Schwerin 17. Okt. 24, MecklZ. 42 (1926) 161ff.; WürttVGH. 12. Jan. 21, WüRV. 14 (1921) S. 28f.

[3] Otto Mayer I S. 287ff. [4] LVG. § $132^{3}$, PolG. 1931 § $55^{I}$.

Den Hauptanwendungsfall aber bietet das Notrecht der Verwaltung. Dabei überragt alles an Bedeutung die Notwehr, sofern man nur das Wort in seiner Anwendung auf das Verwaltungsrecht weit genug faßt. Rechtswidrig ist hier jeder Angriff, den die Verwaltung nicht zu dulden braucht, geschütztes Rechtsgut sind die für die Verwaltung tätigen Personen, die ihr dienenden Sachen, die ungestörte Tätigkeit der Verwaltung selbst, der Staat als Träger der Rechtsordnung und der öffentlichen Ordnung überhaupt[1]. Die Verwaltung kann sich also zur Wehr setzen, wenn die aufgeregte Menschenmenge die Beamten mit Schlägen bedroht, wenn sie amtliche Akten zu plündern und zu verbrennen sucht, wenn sie vor den Fenstern des Amtsgebäudes lärmt und die Verhandlung stört, ja, auch wenn nur ein einzelner auf der Straße eine geschlossene Militärabteilung zu durchqueren sucht[2] oder bei einem Brande durch erschreckende Rufe das Rettungswerk hindert. Aber auch das unmittelbare gewaltsame Vorgehen der Polizei gegen einen geplanten Zweikampf, überhaupt jede Verhinderung einer strafbaren Handlung, ist ein Notwehrakt zugunsten des Staates, da dessen Rechtsordnung durch die drohende Handlung einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff ausgesetzt ist. Darüber hinaus genügt jede nicht anders zu beseitigende Ordnungswidrigkeit zur Rechtfertigung unmittelbaren polizeilichen Einschreitens. So kann die Polizei den Selbstmörder an der Durchführung seiner Absicht gewaltsam hindern, ohne sich auf die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag stützen zu müssen. Es brauchen aber nicht gerade menschliche Handlungen zu sein, die das Wohlbefinden der Verwaltung beeinträchtigen; Feuersbrünste, Schneetreiben, Überschwemmungen, Bergrutsche begründen u. U. einen polizeilichen Notstand, der die Polizei zu unmittelbaren Maßregeln, wie Niederreißung von Gebäuden, Durchstechung eines Dammes, berechtigt. Die Unterscheidung zwischen Notwehr und Notstand kann für die Entschädigungspflicht des Staates von Bedeutung sein.

Berechtigt das Notrecht auch zum Angriff? Wenn jemand dem Beamten ein Aktenstück aus der Hand reißt und sich damit auf und davon macht, so kann ihn der Beamte verfolgen und es ihm wieder gewaltsam wegnehmen, da ein solches Vorgehen gegen verbotene Eigenmacht selbst dem Privatmann gestattet ist (BGB. § 859). Entdeckt der Beamte das Fehlen des Aktenstücks später, so wird eine Anzeige wegen strafbaren Bruchs amtlichen Gewahrsams (StGB. § 133) das gegebene Mittel zur Wiedererlangung des Besitzes sein. Aber es gibt auch Fälle außerhalb verbotener Eigenmacht und strafbarer Handlungen. Das Aktenstück ist während des Umlaufs bei einem der Abstimmenden liegen geblieben, das Mitglied einer Fakultät hat Prüfungsakten, der Benutzer einer Seminarbücherei hat ein Buch erlaubterweise mit nach Hause genommen. Akten und Buch werden dringend gebraucht, die Besitzer sind aber verreist oder verweigern, ohne zum weiteren Besitze berechtigt zu sein, die Herausgabe. Soll der Vorsitzende des Kollegiums, der Dekan, der Direktor des Seminars klagen oder die Polizei um Hilfe angehen oder können sie den Amtsgehilfen, Pedellen, Seminargehilfen in die Wohnung schicken und Akten oder Buch kurzer Hand, nötigenfalls unter Anwendung von Gewalt, holen lassen? Die Frage ist im letzten Sinne zu beantworten. Einen Fingerzeig gibt StGB. § 133, wonach Bruch amtlichen Gewahrsams auch dann vorliegt, wenn der beiseite geschaffte Gegenstand „einem Dritten amtlich übergeben worden" war. Der Gedanke

---

[1] Namentlich nach dem Kapp-Putsch und anläßlich der Fememorde wurde die Frage der Staatsnotwehr und der Nothilfe zugunsten des Staates lebhaft erörtert: v. Campe DJZ. 1920 Sp. 486ff., Hachenburg ebenda Sp. 505 und die am Kopfe des Paragraphen genannten Schriften. Allgemein Kitzinger Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt 1913 S. 83ff.; RG. III 24. Mai 27, RGZ. 117, 138ff. (hierzu Bertram VerwArch. 33, 1928, S. 428ff., Thoma HdbDStR. II S. 232). — Die Frage übrigens, ob sich der Staat seines Notrechts begeben kann, ist eine Frage nach den absoluten Grenzen der Staatsgewalt; hierüber meine demnächst erscheinende Schrift „Grenzen der Verfassungsgesetzgebung".

[2] Ausdrücklich verboten z. B. durch waldeck. PolVO. v. 5. Okt. 26 (RegBl. S. 185).

ist also, daß die Behörde auch in diesem Falle noch die amtliche Verfügungsgewalt über den Gegenstand hat, die sie im Falle der Not wieder voll wirksam werden lassen darf, denn auch hier setzt sie sich, bei Lichte besehen, nur zur Wehr gegen eine ihren Besitzstand treffende Rechtswidrigkeit.

Ebenfalls eine Abwehrmaßregel im weiteren Sinn ist die Verhängung einer Ungebührstrafe[1]. Denn der Mann, der sich vor der Verwaltungsbehörde ungebührlich benimmt, stört nicht nur die Verhandlung, sondern gefährdet auch ein wichtiges Rechtsgut: die Würde der Staatsgewalt. Das gleiche gilt von der ungebührlichen schriftlichen Eingabe. Die als Antwort auf solches Benehmen verhängte Ungebührstrafe hat die psychologische Eigentümlichkeit, daß sie die soeben noch gefährdete Würde wieder sichert, ähnlich wie ein Geohrfeigter lächerlich wirkt, wenn er nicht sofort den Angreifer züchtigt. Aber gerade diese ihre Eigenart zeigt, daß wir es hier nicht mehr mit einem Notwehrakte, sondern einem vom Rechte anders geregelten Akte der Retorsion zu tun haben (StGB. § 199). Eben deshalb versteht sich die Zulässigkeit der Ungebührstrafe nicht von selbst; beim Schweigen des Gesetzes darf sie nicht verhängt werden[2].

Am Schlusse sei noch die Regelung der thüringischen LVO. wörtlich wiedergegeben, da sie den ersten Versuch einer Kodifikation des Rechtes zur Anwendung von Zwang ohne vorangehenden förmlichen Verwaltungsakt darstellt. § 186 lautet:

„I Die Behörden sind befugt, Maßregeln unmittelbar zur Ausführung zu bringen, wenn dies zur Sicherung oder zum Schutze der Verwaltung, insbesondere dazu erforderlich ist, öffentliche Sachen in ihrer Unversehrtheit und Benutzbarkeit zu erhalten, die Bereitschaft zum öffentlichen Dienst bestimmter Sachen sicherzustellen oder Störungen der ordnungsmäßigen Abwicklung von Verwaltungsgeschäften abzuwehren.

II Außerdem können sie in Ausübung der Polizei die nötigen Maßregeln unmittelbar zur Ausführung bringen, wenn diese zur Verhinderung strafbarer Handlungen dienen oder die Gefahr nicht anders beseitigt werden kann.

III Eine nach Absatz I oder II angeordnete Verwahrung darf nicht länger als vierundzwanzig Stunden dauern, es sei denn, daß etwas anderes gesetzlich bestimmt ist.

IV Die unmittelbare Ausführung einer Maßregel steht dem Erlaß einer Verfügung gleich. Sie ist den Beteiligten unverzüglich mündlich oder schriftlich bekanntzugeben. Ihre Anfechtung hat keine aufschiebende Wirkung."

## III. Schutz gegen rechtswidrigen Verwaltungszwang.

Wie die ZPO. besondere Vorschriften über die Rechtsbehelfe im Zwangsvollstreckungsverfahren kennt (z. B. §§ 766, 767, 771), so ist auch im Rechte des Verwaltungszwangs bei der Frage des Rechtsschutzes manches zu beachten. Dabei kann sich der Angriff an sich gegen dreierlei richten: den zu vollstreckenden Verwaltungsakt, die Zwangsandrohung und den Zwang selbst.

1. **Die Bemängelung des Vollstreckungstitels** ist nach Eintritt der formellen Rechtskraft in der Regel nicht mehr zulässig. So wäre es die verkehrte Welt, wenn der Schuldner eine Gebührenfestsetzung rechtskräftig werden lassen und dem Vollziehungsbeamten im Stadium der Vollstreckung entgegenhalten könnte, die Gebührenfestsetzung sei unrichtig. Und doch können sich auch noch im Vollstreckungsverfahren Einwendungen auf den der Vollstreckung zugrundeliegenden Verwaltungsakt beziehen.

So kann der Vollstreckungsschuldner das Fehlen eines Vollstreckungstitels bemängeln. War die Vollstreckungshandlung, z. B. die Siegelung der für Wohnzwecke unzulässigen Bodenkammer, als vorläufige Maßnahme gedacht, so liegt in ihr, wenn sich die Behörde zu ihr bekennt, zugleich die Anordnung des Zwanges, die dann den gewöhnlichen Rechtsbehelfen ausgesetzt ist, wie wenn sie

---

[1] Vgl. z. B. § 11 des hamb. Verhältnisgesetzes v. 23. Apr. 79, § 28 sächs. VRPflGes. v. 19. Juli 00; ferner ThürOVG. 3. Nov. 17, Jahrb. 5, 168ff.

[2] Anders augenscheinlich Meckl.-schwer. Min. d. I. 17. Juli 29, JW. 1929 S. 3427; s. a. oben S. 336 N. 1.

vor der Ausführung läge[1]. Hat dagegen der Vollziehungsbeamte in der Meinung gehandelt, eine tatsächlich vorhandene Anordnung zu vollstrecken, sich aber dabei von der Anordnung irgendwie entfernt, hat er also z. B. ein Verbot über das Tragen aufreizender Fahnen in der Weise vollstreckt, daß er außer den Fahnen auch noch die gleichfarbigen Rosetten wegnahm, so liegt nach preußischer Auffassung[2] ein gewöhnlicher Vollstreckungsfehler vor, der nur zur „Beschwerde im Aufsichtswege" berechtigt (LVG. § $133^{II}$). Auch das nachträgliche Hinfälligwerden des Vollstreckungstitels durch Erfüllung, jener Fall, für den ZPO. § 767 die sog. Vollstreckungsgegenklage einführt, berechtigt in Preußen nicht zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage. Nach der AO. müßte der Vollstreckungsschuldner in diesem Falle Antrag auf Erstattung stellen und hätte gegen die Ablehnung des Antrags die gleichen Rechtsmittel wie gegen die Veranlagung (§§ 129, 223). Die thüringische LVO. läßt im Vollstreckungsstadium ganz allgemein, also auch hier, die gleichen Rechtsmittel wie sonst zu (§§ 162, $186^{IV}$).

Trotz Vorhandenseins des Vollstreckungstitels an sich kann er doch der Person gegenüber fehlen, in deren Rechte die Vollstreckungshandlung eingreift. Es ist dies der Fall, für den der Zivilprozeß die Widerspruchsklage vorsieht (ZPO. § 771). Der Vollziehungsbeamte pfändet beim Vollstreckungsschuldner eine Sache, die angeblich einem Dritten gehört. Mit Rücksicht auf das Vorwiegen des Privatrechts in dieser Frage lassen auch die Gesetze über das Verwaltungszwangsverfahren hier die Klage des Dritten vor den ordentlichen Gerichten zu[3].

2. Die **Androhung des Zwangsmittels**, wo das Gesetz sie vorsieht, ist ein Verwaltungsakt für sich, nämlich ein bedingter Duldungsbefehl, und unterliegt den gleichen Rechtsmitteln wie die hinter ihr stehende Anordnung. Man sollte nun meinen, daß in den Fällen, in denen das Zwangsmittel nach Rechtskraft der Anordnung besonders angedroht wird, die Rechtmäßigkeit der Anordnung nicht mehr in Frage gestellt werden könne. Dies trifft auch zu, wenn die Anordnung Gegenstand eines besonderen Beschwerde- oder Verwaltungsstreitverfahrens geworden war. War aber die Anordnung durch einfachen Zeitablauf rechtskräftig geworden, dann gestattet § $133^{I}$ des preußischen LVG.[4] gegen alle Regel die Bemängelung der Anordnung bei Anfechtung der später erlassenen Androhung.

3. Was übrigbleibt, sind **Mängel des Verwaltungszwanges selbst**, z. B. Pfändung unpfändbarer Sachen, Anwendung körperlichen Zwanges vor Erschöpfung sonstiger Zwangsmöglichkeiten. Der ZPO. folgend, die über „Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung ... betreffen", das Vollstreckungsgericht entscheiden läßt (§ 766), ohne die Erhebung einer Klage zuzulassen, sieht das preußische Recht, wie schon gezeigt, nur die Beschwerde im Aufsichtswege vor[5]. Man hat dabei vergessen, daß das Beschwerdeverfahren in Verwaltungssachen nicht das gleiche Maß von Rechtsschutz verbürgt wie das entsprechende Verfahren vor den Gerichten, da auch im Beschwerdeverfahren der ZPO. das Gericht Gericht bleibt, während das Beschwerdeverfahren in Verwaltungssachen Ausschluß des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes bedeutet.

## IV. Schadensersatzansprüche des Staats oder sonstiger Träger öffentlicher Gewalt aus Verwaltungswidrigkeiten.

Das Gegenstück zur öffentlichrechtlichen Entschädigung des vom Staate zu Unrecht geschädigten Bürgers wäre ein Schadensersatzanspruch der öffentlichen

[1] Vgl. z. B. PrOVG. 28. Okt. 10 u. 15. Nov. 28, Entsch. 58, 264ff., GewArch. 26 (1929) S. 492ff.; jetzt auch PolG. 1931 § 44 Abs. 1 Satz 2.

[2] PrOVG. 12. März 14, Entsch. 66, 341ff.

[3] Z. B. pr. VO. v. 15. Nov. 99 § 19, thür. LVO. § 163, AO. § 301.

[4] Anders PolG. 1931 § $57^{II}$. [5] LVG. § $133^{II}$, PolG. 1931 § $57^{III}$, VO. v. 15. Nov. 99 § $2^{II}$.

Gewalt gegen den einzelnen, der ihr durch sein Verhalten Schaden zugefügt hat. Die Frage ist, ob ein solcher Anspruch als eine allgemeine Rechtseinrichtung besteht oder ob auch nur eine an sich bestehende privatrechtliche Schadensersatzforderung zu einer öffentlichrechtlichen wird, wenn der Staat als Berechtigter beteiligt ist. Beide Fragen sind zu verneinen. Von besonderen Vorschriften abgesehen, haftet der einzelne dem Staate für Schädigungen nicht schärfer als sonstwie. Beim Versuch, einen Ertrinkenden zu retten, z. B. ertrinkt ein Polizeibeamter. Da den zu Rettenden keine Schuld an dem Unglück trifft, kann sich der Staat wegen der zu zahlenden Hinterbliebenenversorgung nicht aus unerlaubter Handlung an dessen Erben halten. Vielleicht hilft die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag, aber auch daraus kann der Staat ein Recht nur dann ableiten, wenn es nach bürgerlichem Rechte begründet ist, und muß sich zur Geltendmachung des Rechts der ordentlichen Gerichte bedienen.

Abweichende Sondervorschriften enthält z. B. das Beamtenrecht bei der Regelung des Defektenverfahrens[1]. Stimmt der tatsächliche Geldbestand einer öffentlichen Kasse mit dem Sollbestand nicht überein, so erläßt die zuständige vorgesetzte Behörde einen vollstreckbaren Beschluß, der den Kassenbeamten zur Ergänzung des Geldbestandes verpflichtet[2]. Der Beamte kann zwar den Beschluß im ordentlichen Rechtswege anfechten, aber schon die Vertauschung der Rollen von Kläger und Beklagten zeigt, daß hier eine öffentlichrechtliche Sonderregelung vorliegt. Beim Rückgriff des aus Amtshaftung in Anspruch genommenen Staates gegen den schuldigen Beamten dagegen[3] muß der Staat klagen. Offenbar wollte das Gesetz den Beamten prozessual nicht ungünstiger stellen, als wenn er dem geschädigten Bürger unmittelbar haftete. Auch die Haftung des Beamten für Haushaltsüberschreitungen[4] wird als eine bürgerlichrechtliche Streitigkeit ausgetragen.

Eine allgemeinere Abweichung von der Regel der ausschließlichen Geltung des bürgerlichen Rechts stellt nur die Ersatzvornahme dar. In den meisten Fällen hat sie allerdings nicht die Wirkung eines Ersatzes dem Staate zugefügten Schadens. Manchmal hat sie aber auch diese Funktion. Jemand hat mutwillig die Straße aufgerissen, der trunkene Fuhrmann die Straßenlaterne umgefahren[5]. Soweit die Polizeibehörde zur Wiederherstellung des polizeimäßigen Zustands von den Urhebern Auffüllung der Straße und Aufrichtung der Laterne verlangen kann, bedarf sie nicht der Krücken des bürgerlichen Rechts. Sie ordnet die Herstellung einfach an und schreitet nötigenfalls zur Ersatzvornahme auf Kosten der Pflichtigen; die Kosten aber zieht sie im Wege des Verwaltungszwanges ein[6].

## V. Verwaltungsstrafrecht.

Der letzte Rechtsbehelf der Verwaltung ist die Strafe im Sinne des Strafrechts, die sog. echte oder kriminelle Strafe, als das für schuldhaft rechtswidrige Handlungen oder Unterlassungen bestimmter Art rechtssatzmäßig angedrohte Übel, das durch Einzelakt über den Täter verhängt wird. Durch die rechtssatzmäßige Androhung unterscheidet sie sich von der durch Verfügung angedrohten Zwangsstrafe, ebenso durch ihre Richtung

[1] Vgl. z. B. RBG. v. 17. Mai 07 §§ 134ff.

[2] Bisweilen sogar für alle Ersatzansprüche des Staats gegen seine Beamten: bad. BG., Bek. v. 31. März 31, § 68, thür. StBG. v. 14. März 23/13. Dez. 30 §§ 133f.

[3] Z. B. RGes. v. 22. Mai 10 § 2.

[4] RHausO. §§ 32f. Hierzu Müller RVerwBl. 52 (1931) S. 8ff.

[5] Vgl. den Fall SächsOVG. 15. Mai 07, Jahrb. 10, 326f.

[6] Vgl. SächsOVG. 20. Jan. 22, Jahrb. 27, 16ff. (Beschädigung der Klinkerplatten des Fußweges beim Abladen von Bierfässern). Das SächsOVG. beschränkte übrigens früher die öffentlichrechtliche Schadensersatzpflicht grundsätzlich nicht auf den Fall der polizeilich gerechtfertigten Ersatzvornahme, hält aber an dieser Ansicht heute nicht mehr fest: 1. Okt. 29, Jahrb. 34, 125ff. Vgl. auch PrOVG. 31. Okt. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 419.

in die Vergangenheit, während die Zwangsstrafe in die Zukunft sieht. Die Notwendigkeit einer Verhängung der Strafe durch Einzelakt aber unterscheidet sie von der *poena latae sententiae* des Kirchenrechts, die mit Vollendung des Delikts ohne weiteren Urteilsspruch als verhängt gilt[1].

Soweit die echte Strafe dem Schutze der Verwaltung dient, würde es für die Einheitlichkeit der Verwaltung von Vorteil sein, wenn die Verhängung der Strafe und die Entscheidung über Rechtsmittel dagegen ausschließlich der aktiven Verwaltung und den Verwaltungsgerichten anvertraut wären. Denn es stört offenbar das Ebenmaß des öffentlichen Rechts, wenn über die Versagung einer Bauerlaubnis das Verwaltungsgericht, über die für eine unerlaubte Bauführung zu verhängende Strafe aber das ordentliche Gericht und über die Zulässigkeit der Androhung des Abbruchs eines Gebäudes wieder das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat. Es haben sich daher namhafte Vertreter der Wissenschaft für eine Loslösung des sog. Verwaltungsstrafrechts vom übrigen Strafrecht ausgesprochen[2], und in Österreich ist vor kurzem ein umfangreiches Gesetz über das Verwaltungsstrafrecht in Kraft getreten[3].

In Deutschland ist der Durchführung eines solchen Planes vorerst noch das Reichsrecht im Wege. Trotz § 13 GVG. steht es den Ländern nicht frei, echte Strafsachen den ordentlichen Gerichten völlig zu entziehen. Denn die scheinbare Vollmacht des § 13 GVG. an die Länder, auch in Strafsachen die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu begründen, schränkt die StPO. wieder ein. Was den Ländern gestattet ist, ist die Einführung polizeilicher Strafverfügungen für Übertretungen und finanzbehördlicher Strafbescheide für Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle (StPO. §§ 413ff., 419ff.), aber selbst hier bleibt die Anrufung der ordentlichen Gerichte offen. Auch die Reichsabgabenordnung hat trotz ausgesprochener Justizfeindlichkeit die Möglichkeit der Anrufung der ordentlichen Gerichte gegen die Strafbescheide der Finanzämter beibehalten (§ 415), allerdings mit jener bekannten (oben S. 54f.) Bindung der Gerichte an die Entscheidung des Reichsfinanzhofs über das Bestehen eines Steueranspruchs (§ 433). Andere Reichsgesetze allerdings haben gewisse Strafsachen den ordentlichen Gerichten völlig entzogen. So bedroht § 530 RVO. die Versäumung der Anmeldung zur Krankenkasse mit Strafe und läßt das Versicherungsamt, im letzten Rechtszuge das Oberversicherungsamt, die Strafe verhängen. Aber was sich das Reich erlauben darf, ist darum noch nicht den Ländern gestattet. Wohl kommt es hier und da vor, daß auch ein Landesgesetz eine Handlung unter Strafe stellt und deren Verhängung ausschließlich und endgültig einer Verwaltungsbehörde überträgt. Wenn aber hier alle Merkmale der echten Strafe zutreffen, ist die Vorschrift unvereinbar mit dem Reichsrecht. So wären einmal Vorschriften, wie die, allerdings aufgehobene, des lippischen Landtagswahlgesetzes vom 17. Dezember 1920 auf ihre Gültigkeit zu prüfen, die den säumigen Wähler mit einer Geldstrafe von 1 bis 5 RM bedrohte und über deren Verhängung den Wahlvorstand und auf Beschwerde den Wahlleiter entscheiden ließ (§ 14). Auch die Bezeichnung einer Strafe als bloßer Ordnungsstrafe nützt dem Landesgesetzgeber nichts, sofern er mit diesem Ausdruck nicht eine Zwangs-, eine Ungebühr-, eine Verbands-, eine Disziplinarstrafe oder eine ähnliche, für den Schutz besonderer Gewaltverhältnisse vorgesehene Strafe meint. Sonst könnte das Land auf dem Umwege über die Ordnungsstrafe die Aburteilung aller der Landesgesetzgebung vorbehaltenen

---

[1] Codex iuris canonici can. 2217 § 1[2].

[2] Vgl. namentlich J. Goldschmidt Das Verwaltungsstrafrecht 1902; O. Hatschek Studien zum österreichischen Polizeistrafrecht, GoltdArch. 57 (1910) S. 1ff.; Hofacker Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform 1919.

[3] G. v. 21. Juli 1925.

Straftaten den ordentlichen Gerichten entziehen, was doch die StPO. gerade vermeiden will[1].

Eine weitere Schwierigkeit betrifft die Zulässigkeit des sog. Submissions- oder Unterwerfungsverfahrens nach Landesrecht. Fährt z. B. jemand in Sachsen verbotenerweise auf dem Bürgersteig, so hält ihn ein Wegepolizeibeamter an, läßt ihn aber des Weges ziehen, wenn er sofort gegen Quittung 1 Reichsmark Geldstrafe entrichtet[2]. Die AO. gestattet das Unterwerfungsverfahren für das Reichssteuerrecht ausdrücklich mit der Maßgabe, daß die Unterwerfung den Verzicht auf Erlaß eines Strafbescheids enthält und dann einer rechtskräftigen Verurteilung gleichsteht (§ 410). So zweckmäßig eine solche Regelung ist, so kann doch nur der Reichsgesetzgeber sie anordnen[3]. Denn die StPO. läßt die Anrufung der ordentlichen Gerichte ausdrücklich zu; auf dies zukünftige, erst mit Erlaß der Strafverfügung oder des Strafbescheids entstandene Recht kann aber der einzelne nach bekannter Regel (oben S. 192) nicht verzichten. Auch ein innerer Grund spricht dagegen; er soll in der Bestürzung nichts tun, was ihn später reuen kann; erst wenn das Reichsrecht das landesrechtlich zuzulassende Unterwerfungsverfahren mit den genügenden Sicherungen umgeben hat, würde dies Bedenken wegfallen.

**1. Eigentümlichkeiten des sog. Verwaltungsstrafrechts.** Trotz solcher reichsrechtlichen Schranken weisen Polizeistrafe und Finanzstrafe auch im Rahmen des allgemeinen Strafrechts gewisse Eigentümlichkeiten auf. Sie betreffen den Grad des Verschuldens, die Voraussetzungen des behördlichen Einschreitens und die Rechtskraft der Strafverfügung oder des Strafbescheids.

a) Auch die sog. Verwaltungsstrafe setzt schuldhaftes Handeln oder Unterlassen voraus, doch genügt, wo das Gesetz nicht, wie bei der Steuerhinterziehung, ausdrücklich etwas anderes sagt, schon die geringste Fahrlässigkeit, während das Gesetz sonst im Zweifel nur vorsätzliches Verhalten mit Strafe treffen will. Bezeichnend für das Verwaltungsstrafrecht ist daher auch die Haftung für fremdes Verhalten. Wegen ruhestörenden Lärmes wird z. B. auch der Vater bestraft, der gegen das Toben seiner Kinder nicht einschreitet, oder der Eigentümer von Tieren für Hahnenschrei und Hundegebell. Ja, Verschulden wird sogar im Zweifel angenommen. Wer ohne Licht in der Laterne fährt oder wer beim Fahren schläft, macht sich ohne weiteres strafbar, und seine Sache ist es, die Behörde oder den Richter zu überzeugen, daß das Licht gerade im Augenblicke vor dem Eingreifen des Polizeibeamten durch einen unberechenbaren Windstoß ausgeblasen wurde oder daß man

---

[1] Vgl. über diese — bestrittene — Frage E. Kaufmann im WStVR. III S. 699. Vgl. ferner SächsOVG. 29. Dez. 20, Jahrb. 26, 139ff. S. auch oben S. 130 N. 1 und unten N. 3.

[2] Vgl. sächs. ReformVO. v. 9. Juli 30 § 4 und für früher VO. v. 9. Juli 72 § 3. Die Erfindung stammt aus Sachsen.

[3] Die Frage wird neuestens unter dem Titel „Gebührenpflichtige Verwarnung“ lebhaft erörtert: H. Peters „Die Polizei“ 1926 S. 715f., Stusev. 1927 S. 40ff.; Wagner „Die Polizei“ 1927 S. 52f.; Reich ebenda S. 121f.; Delius „Die Polizeipraxis“ 1927 S. 57ff.; Kiefer WüRV. 21 (1928) S. 3ff.; Kerstiens „Die Polizei“ 1928 S. 511ff.; Grass BayGemZ. 39 (1929) Sp. 679ff.; Württ. InnMin. 14. März 29, ABl. d. InnMin. S. 27ff.; Straub BadVerwZ. 1929 S. 97ff., 113ff.; Messer ThürRdsch. 7 (1929) Sp. 168ff.; Aufsätze im „Deutschen Autorecht“ 3 (1928), 4 (1929) u. i. „Recht des Kraftfahrers“ 5 (1930). Vgl. auch sächs. Justizministerium in FischersZ. 36 (1909) S. 70ff. Über die Zulässigkeit einer „Hockersteuer“ für lange im Wirtshaus verweilende Gäste OLG. Jena 27. Jan. 28, SächsThürArchR. 5 (1928) S. 214ff.; ThürOVG. 5. März 30, ThürRdsch. 8 (1930) Sp. 25f. Nach § 37[13] meckl.-schw. LGemO. v. 20. Mai 20 kann der Gemeindevorstand dem Übertreter einer Ortssatzung anheimgeben, durch Bezahlung einer Buße innerhalb zehn Tagen den Antrag auf Erlaß einer polizeilichen Strafverfügung und auf strafgerichtliche Verfolgung abzuwenden. Das PolG. 1931 gestattet nur eine „gebührenfreie polizeiliche Verwarnung“ (§ 59[1]), sucht aber dafür das reine, den ordentlichen Gerichten entzogene Verwaltungsstrafrecht auf dem Wege über das in Verordnungsform anzudrohende „Zwangsgeld“ einzuführen; hierüber und hiergegen oben S. 130 N. 1. — All diese Künsteleien — Gebühr, Steuer, legale Bestechung, rechtssatzmäßig angedrohtes Zwangsgeld — werden verschwinden, sobald das Reich das Verwaltungsstrafverfahren freigegeben hat; vgl. vorerst Amtl. Entw. e. EG. Allg. StGB. 1929 Art. 67 Ziff. 222.

ihm ein Schlafmittel ohne sein Wissen beigebracht hatte. Solche Umkehrungen des Satzes „in dubio pro reo“ kennt das Strafrecht sonst nur ausnahmsweise, so bei der Erbringung des Wahrheitsbeweises im Strafverfahren wegen übler Nachrede (StGB. § 186). Das österreichische Verwaltungsstrafgesetz vom 21. Juli 1925 drückt diese strenge Schuldauffassung im § 5^I so aus: „Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Doch zieht schon das bloße Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder die Nichtbefolgung eines Gebotes Strafe nach sich, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört ... und der Täter nicht beweist, daß ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist.“

b) Die Frage, ob für die zum Erlasse einer Strafverfügung oder eines Strafbescheids zuständige Behörde eine Strafpflicht oder eine bloße Strafmöglichkeit besteht, hat an Bedeutung verloren, seit nach dem neuen § 153 StPO. auch für die Staatsanwaltschaft bei Übertretungen und, mit gewissen Maßgaben, bei Vergehen die unbedingte Verfolgungspflicht sich in eine bedingte gewandelt hat. Jedenfalls hat die Landesgesetzgebung, wie allerdings nicht unbestritten ist, freie Hand. Beim Schweigen des Gesetzes muß man auf den die einzelne Verwaltung beherrschenden Grundgedanken zurückgreifen. Da die Polizei unter dem Gedanken der Zweckmäßigkeit steht, ist sie beim Erlasse einer Strafverfügung ebenso frei wie beim Erlasse einer sonstigen Verfügung[1]. Dagegen spricht der in der Finanzverwaltung vorherrschende Gerechtigkeitsgedanke für die Gebundenheit der Finanzbehörde auch beim Einschreiten gegen Finanzdelikte. Nach der AO. hat denn auch das Finanzamt bei allen Steuerhinterziehungen (§ 443^II) den Sachverhalt zu erforschen (§ 386^I) und bei Begründetheit des Verdachtes nur die Wahl, selbst auf Strafe zu erkennen oder die Sache an die Staatsanwaltschaft abzugeben (§ 411^I)[2].

c) Die Rechtskraft des gerichtlichen Strafurteils ist gekennzeichnet durch den Spruch „ne bis in idem“. Von den Fällen der Wiederaufnahme des Verfahrens abgesehen, verbietet sowohl die Rechtskraft des freisprechenden Urteils als auch die des verurteilenden eine nochmalige Anklage wegen der gleichen Tat. Hat also z. B. das Gericht den Angeklagten von der Anklage der unbefugten Beerdigung einer Leiche freigesprochen oder ihn deswegen verurteilt, so kann der Staatsanwalt angesichts der Rechtskraft des Urteils nicht mehr Anklage mit der Behauptung erheben, der Täter habe einen lebenden Menschen begraben und dadurch ermordet. Eine solch weitgehende Wirkung hat die Anordnung der Verwaltungsbehörde keinesfalls. Die Einstellung des Verfahrens, denn einen Freispruch gibt es hier nicht. hindert die Behörde überhaupt nicht an der erneuten Untersuchung der Angelegenheit. Die Strafverfügung oder der Strafbescheid hindern nicht die Erhebung der Anklage wegen der gleichen Straftat, wenn sie sich nachträglich als eine solche herausstellt, die außerhalb der Strafgewalt der Verwaltungsbehörden liegt, wie im soeben genannten Beispiel. Nur in dem beschränkten Sinne gilt der Grundsatz „ne bis in idem“ auch hier, daß Strafverfügung und Strafbescheid einer Anklage im Wege stehen, wenn sich die bestrafte Tat, so wie sie sich zugetragen hat, zur Bestrafung durch die Verwaltungsbehörden eignete[3].

**2. Polizeistrafrecht.** Betrachten wir nunmehr die Polizeistrafe für sich, so fällt zunächst die Quelle auf, kraft derer sie verhängt werden kann. Nur selten ist

---

[1] Bestritten. Wie hier z. B. THOMA Polizeibefehl I 1906 S. 87; HOFACKER Grenzabscheidung 1914 S. 128f. Dagegen z. B. NEBINGER Württ. Polizeistrafgesetz [2] 1930 S. 79ff. Im tatsächlichen Ergebnis für die bloße Strafmöglichkeit Richtlinien des pr. Min. d. I. v. 28. Dez. 28, MinBliV. 1929 Sp. 19ff.

[2] Ebenso MICHAELIS ZZölle 10 (1930) S. 227ff. gegen MOSER 9 (1929) S. 404ff.; gegen MICHAELIS wieder MOSER 10 (1930) S. 433ff.

[3] RG. III. StrSen. 8. Sept. 16, JW. 1916 S. 1347f.; BayObLG. 28. Okt. 29, JW. 1930, 2308f.; PolG. 1931 § 66.

die Quelle in jeder Beziehung ein formelles Gesetz, meist spielt eine Polizeiverordnung mit hinein, sei es eine das gesetzliche Blankett ausfüllende, wie dies in Süddeutschland üblich ist, sei es eine die Strafandrohung mit enthaltende Polizeiverordnung norddeutschen Stiles. Die Höhe der angedrohten Strafe muß sich im Rahmen der Übertretungsstrafen halten, darf also insbesondere 150 RM Geldstrafe nicht übersteigen. Wohl gibt es mit schwereren Strafen bedrohte Delikte ähnlicher Art, wie Eröffnung eines genehmigungspflichtigen Gewerbebetriebes ohne die vorgeschriebene Genehmigung (GewO. § $147^{I\,1}$), doch können solche Straftaten nie Gegenstand einer polizeilichen Strafverfügung sein (StPO. § $413^{I}$).

Verhängt wird die Polizeistrafe durch Strafverfügung der zuständigen Polizeibehörde, doch verlangt das Reichsrecht diese Art der Verhängung nicht, sondern stellt sie der Landesgesetzgebung nur anheim. Preußen hat sich in einem Gesetze vom 23. April 1883 für die Möglichkeit polizeilicher Strafverfügungen entschieden, die thüringische LVO. regelt in ihrer kodifizierenden Weise auch diesen Gegenstand (§§ 53ff.). Das Höchstmaß der durch Polizeistrafverfügung zu verhängenden Geldstrafe ist nach Reichsrecht 150 RM, der Haftstrafe Haft von vierzehn Tagen, der Ersatzhaftstrafe Haft von sechs Wochen[1]. Preußen macht erst seit dem Gesetze vom 31. Mai 1923 von der Ermächtigung vollen Gebrauch. Das Reich schreibt im § $413^{III}$ StPO. ein gewisses Mindestmaß an Form vor, namentlich eine Rechtsmittelbelehrung. Landesgesetzlicher Bestimmung bleibt es überlassen, den zu Bestrafenden weitergehend, z. B. durch Festlegung eines Anhörungszwanges, zu schützen.

Als Rechtsmittel sieht die StPO. wahlweise die durch Landesrecht etwa zuzulassende Beschwerde und den Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor. Preußen[2] und andere Länder[3] lassen es bei dem zweiten Rechtsbehelf bewenden. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung macht die Strafsache vor dem Amtsrichter anhängig und ermächtigt ihn, den Straffall völlig frei abzuurteilen. Der Antrag hat nicht etwa die Bedeutung einer Berufung, hindert den Amtsrichter vor allem nicht an der Verhängung einer strengeren Strafe (StPO. § $417^{III}$). Wird der Angeklagte freigesprochen oder ausschließlich zu Geldstrafe verurteilt, so kann das Urteil nur mit der Revision, nicht mit der Berufung angefochten werden (§§ 313, 334). Ermächtigt durch § 9 EG.GVG., hat das preußische AG.GVG. v. 24. April 1878 die Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision unter Ausschließung der übrigen Oberlandesgerichte dem Kammergericht in Berlin übertragen, „sofern eine nach Landesrecht strafbare Handlung den Gegenstand der Untersuchung bildet" (§ $50^{I\,2}$). Auf dieser Vorschrift beruht die so wichtige Rechtsprechung des Kammergerichts in Polizeiverordnungssachen. In Bayern wahrt das Oberste Landesgericht die Rechtseinheit innerhalb des Landes.

3. Hauptquelle für das **Finanzstrafrecht** ist heute die AO. Obgleich sie unmittelbar nur auf Reichssteuern und die von den Reichsbehörden verwalteten Real- und Landesstempelsteuern Anwendung findet, kommt in ihr das dem Finanzstrafrecht überhaupt Eigentümliche klar zum Ausdruck. Überdies gelten seit der Notverordnung vom 1. Dezember 1930 die Vorschriften der AO. über das gerichtliche Verfahren in Steuerstrafsachen „sinngemäß" für alle öffentlichrechtlichen Abgaben (§ $3e^{II}$), also auch für sämtliche verbleibende Landessteuern und für die Gebühren und Beiträge. Daneben enthält die StPO. in den §§ 419ff. einige Vorschriften.

Im Gegensatze zur Polizeistrafe wird die Finanzstrafe meist unmittelbar durch Gesetz angedroht. Es entspricht dies der im Finanzrecht von jeher besonders scharfen Ausprägung des Grundsatzes von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Die Finanzstrafe verleugnet ihren engen Zusammenhang mit den Geldinteressen des Staates insofern nie, als sie immer Geldstrafe oder auch Geldstrafe ist. Eine

---

[1] StPO. § $413^{II}$, StGB. § $29^{II}$.
[2] Anders nach Inkrafttreten des PolG. 1931 (§ $62^{I}$).
[3] Z. B. thür. LVO. § 56.

ihrer Eigentümlichkeiten ist, daß sie bisweilen als ein Vielfaches schlechthin oder mindestens als ein Vielfaches des hinterzogenen Betrages angedroht wird[1]. Hier gewinnt leicht der Fiskalismus über den Rechtsstaatsgedanken die Oberhand. Auch bei der geringfügigsten Steuerhinterziehung ist der Höchstbetrag der Geldstrafe nach der AO. unbeschränkt (§ 359 I).

Unter den Finanzdelikten nimmt eine Sonderstellung der im Zollrecht[2] vorkommende Bannbruch ein, früher als Konterbande bezeichnet, da das Unternehmen, „Gegenstände, deren Ein-, Aus- oder Durchfuhr verboten ist, diesem Verbote zuwider ein-, aus- oder durchzuführen", nicht die Finanzgewalt des Staats, sondern andere öffentliche Interessen berührt. Es bedurfte daher eines Machtwortes der Verordnung vom 1. Dezember 1930, um den Bannbruch der AO. zu unterstellen (AO. § 3 II). Dagegen gehört zu den Finanzdelikten von jeher die Steuerhinterziehung, d. i. die Erschleichung nicht gerechtfertigter Steuervorteile oder die vorsätzliche Verkürzung von Steuereinnahmen, der das Gesetz im Strafmaß die Steuerhehlerei gleichsetzt, d. i. das gewinnsüchtige Ansichbringen, Verheimlichen, Absetzen u. dgl. von Gegenständen, von denen der Beteiligte weiß oder annehmen muß, daß Steuern für sie hinterzogen sind (§§ 359, 368). Fahrlässige Verkürzung von Steuereinnahmen nennt das Gesetz Steuergefährdung und belegt sie mit einer Geldstrafe bis zu einhunderttausend Reichsmark (§ 367 I). Daneben gibt es noch die mit bloßer „Ordnungsstrafe", in Wirklichkeit einer echten Strafe, bedrohte Steuerzuwiderhandlung, die sog. Ordnungswidrigkeit des § 377, die begeht, wer außerhalb besonders vorgesehener Delikte den im Interesse der Besteuerung erlassenen Vorschriften zuwiderhandelt. Daß diese sog. „Ordnungsstrafe" der Zwangsstrafe des § 202 gegen sonstige Regeln weicht, wurde schon früher hervorgehoben (oben S. 338).

Das Geldinteresse des Staates zeigt sich endlich noch in der Auferlegung einer Haftung für fremde Geldstrafen und in der eigenartigen Regelung der sog. Idealkonkurrenz. „Wenn Vertreter, Verwalter oder Bevollmächtigte.... Steuerzuwiderhandlungen begehen, so haften die Vertretenen für die Geldstrafen, die diese Personen verwirken, und für die Kosten des Strafverfahrens und der Strafvollstrekkung, die ihnen auferlegt werden" (§ 381). Damit zieht das Gesetz auch juristische Personen in das Strafrecht hinein, während sonst die juristische Person von Strafe verschont bleibt. Ganz gegen alle Regel behandelt das Gesetz auch das Zusammentreffen einer Steuerzuwiderhandlung mit einer anderen Straftat. Begeht jemand z. B. durch Urkundenfälschung eine Steuerhinterziehung, so würde nach allgemeiner für die Idealkonkurrenz geltender Regel die Strafe der Urkundenfälschung als die schwerere allein zur Anwendung kommen (StGB. § 73). Die AO. bekennt sich dagegen hier zum Grundsatze der Strafenhäufung; die nach dem Steuergesetze verwirkte Geldstrafe ist daneben besonders zu verhängen (AO. § 383 I), was hier wichtig ist, da bei gewinnsüchtiger Urkundenfälschung die höchste zulässige Geldstrafe einhunderttausend Reichsmark beträgt (StGB. §§ 268, 27a), während die für Steuerhinterziehung angedrohte Geldstrafe unbegrenzt ist. Über die bekannte Frage des Verhältnisses zwischen Steuerhinterziehung und Betrug schweigt auch die AO. Da es — selbstverständlich — Betrugsfälle gibt, die nicht Steuerhinterziehungen sind, und, wie bei der Nichtverwendung einer vorgeschriebenen Stempelmarke, Steuerhinterziehungen ohne Täuschung und daher ohne ein wesentliches Betrugsmerkmal, da aber Betrug und Steuerhinterziehung auch zusammenfallen können, ist das Verhältnis zwischen beiden Delikten anscheinend das der Idealkonkurrenz. Gesellschaftliche Anschauungen haben aber dazu geführt, daß man sich sträubt, den in einer gewissen natürlichen, wenn auch unstaatlich gedachten Abwehrstellung befindlichen Steuerhinterzieher wie einen gemeinen Betrüger zu behandeln. Diese

[1] Z. B. PostG. v. 28. Okt. 71 § 27, AO. § 359 I.
[2] VereinszollG. v. 1. Juli 69/9. Jan. 31 § 134.

unausrottbare Auffassung führt auch heute noch dazu, den Steuerhinterzieher ausschließlich wegen Steuerhinterziehung selbst dann zu verurteilen, wenn gleichzeitig die Merkmale des Betruges gegeben sind[1].

Das bei Verhängung einer Finanzstrafe innezuhaltende Verfahren regelt die AO. dahin, daß es im Ermessen des Finanzamts steht, ob es die Strafe selbst verhängen oder die Sache an die Staatsanwaltschaft abgeben will (§ 390). Im zweiten Falle hat das Finanzamt die Stellung eines Nebenklägers; lehnt die Staatsanwaltschaft die Erhebung der Anklage ab, so kann das Finanzamt selbst die öffentliche Klage erheben (§ 437). Dazu wird es kommen können, wenn eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden soll, denn das Finanzamt kann durch Strafbescheid nur auf Geldstrafe, Einziehung und Bekanntgabe der Bestrafung erkennen (§ $386^{II}$). Vor Erlassung eines Strafbescheids über eine Geldstrafe von mehr als fünf Reichsmark soll das Finanzamt den Beschuldigten hören (§ $407^{I}$). Die Rechtsbehelfe gegen den einmal erlassenen Strafbescheid sind nach Wahl des Beschuldigten die beim Finanzamt binnen einer Woche einzulegende Beschwerde an das Landesfinanzamt oder der in gleicher Weise zu stellende Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§§ 415ff., 426ff.)[2]. Zuständiges Gericht ist der Amtsrichter (GVG. § $25^{I}$), bei Steuergefährdung und Ordnungswidrigkeit immer, bei Steuerhinterziehung und -hehlerei, wenn die Staatsanwaltschaft wegen Geringfügigkeit es beantragt; Berufungsgericht ist die kleine Strafkammer (§ $76^{II}$), Revisionsgericht das OLG. (§ 121). In schwereren Fällen entscheidet das Schöffengericht (§ 28); die Berufung geht dann an die große Strafkammer (§ $76^{II}$) und die Revision an das Reichsgericht oder das OLG., je nachdem im ersten Rechtszuge ein zweiter Amtsrichter zugezogen war oder nicht (§§ 29, $121^{I\,1c}$, 135).

---

[1] OTTO MAYER I S. 362ff.; RG. IV 4. Febr. 21, RGSt. 56, 12ff. Vgl. auch OLG. Jena 11. Febr. 29, JW. 1929 S. 1499 (Erschleichung einer geldwerten Begnadigung), mit Anm. von GRÜNHUT.

[2] Über die Bindung des Richters an die Vorentscheidung des RFinH. gemäß AO. § 433 vgl. oben S. 54 f.

# Besonderer Teil.

Wie am Ende des § 6 angedeutet, soll der Besondere Teil dieses Buches nach den einzelnen Mitteln geordnet werden, die den verwaltenden Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben befähigen. Da ihm vor allem Menschen nottun, auf deren Tätigkeit er unbedingt bauen kann, steht der öffentliche Dienst an der Spitze unserer Betrachtungen.

## § 16. Der öffentliche Dienst.

OTTO MAYER I S. 93f., II S. 135ff., 145ff., 166ff., 181ff., 204ff.; HATSCHEK S. 78ff., 300ff., 309ff., 318ff.; LOENING S. 108ff.; G. MEYER-ANSCHÜTZ S. 381ff., 563ff.; G. MEYER-DOCHOW S. 32ff.; HERRNRITT S. 180ff. — LABAND StR. d. DR. I[5] 1911 S. 364ff., 429ff.; ANSCHÜTZ in Kohlers Enzykl. d. RW. IV[7] 1914 S. 147ff.; DERSELBE RV. zu Art. 128ff. Die oben S. 102f. genannten Darstellungen des Staatsrechts. KÖTTGEN, W. JELLINEK, DANIELS, SCHMIDT-LEONHARDT, SÖLCH, MENDE, H. PETERS im HdbDStR. II 1930 S. 1ff. — G. JELLINEK System der subj. öff. Rechte[2] 1905 S. 177ff.; DERSELBE Ausgewählte Schriften und Reden II 1911 S. 288ff.

REHM Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, AnnDR. 1884 S. 565ff., 645ff.; 1885 S. 65ff.; E. ECKSTEIN Der Beamtenbegriff, ArchÖffR. 27 (1911) S. 487ff.; WEISBART Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechtes in Preußen, VerwArch. 26 (1918) S. 387ff.; BIENSFELDT Der Beamtenbegriff im Sinne der ZPO. u. nach hamb. Recht, HansRZ. 1920 S. 245ff.; MESS Staatsbeamte, die keine Staatsbeamten sind, SächsThürArchR. 2 (1925) S. 161ff.; MÖLLER Begriff u. Wesen d. Beamten, BeamtJahrb. 16 (1929) S. 275ff., 331ff.; IMHOF Das öffentlichrechtl. Dienstverhältnis, ZSchweizR. N. F. 48 (1929) S. 231a—445a; HOCHHEISER D. Beamtenbegriff i. Reichsstrafrecht 1929; H. GERBER Vom Begriff u. Wesen d. Beamtentums, ArchÖffR. 57 (1930) S. 1ff. — SCHILLING Der Angestellte bei der Reichsverwaltung[2] 2 Bde. 1930; DERSELBE Zusatzversorgung der Arbeiter d. Reichs u. d. Länder 1930, der Angestellten 1929; WACKE Rechtsstellung der kommunalen Dauerangestellten in Preußen 1929; BALZER desgl., Stusev. 11 (1930) S. 281ff., 310ff. — NAWIASKY Der oberste Gerichtshof und das Disziplinarrecht der staatlichen Vertragsbeamten, ÖZEisenbR. 1 (1911) S. 5ff.; BUZENGEIGER Disziplinarrecht und staatlich Angestellte, Gruch. 71 (1931) S. 594ff. — Über das Verhältnis des Beamtenrechts zum Arbeitsrecht L. RICHTER Leipz.LehrerZtg. v. 16. Jan. 24, KASKEL BeamtJahrb. 1926 S. 423ff., 471ff., ERWIN JACOBI Grundlehren d. ArbR. 1927 S. 57, KÖTTGEN MittJenInstWiR. Nr. 16 (1928) S. 3ff., LAFORET 1929, HERZOG ZSozR. 2 (1930) S. 146ff. — SCHMID Beamtenstellung d. parl. Minister i. Württ., WürttZ. 71 (1929) S. 177ff., 209ff.; ABRAHAM Reichsministergesetz 1930 (zum Entw. POPITZ DJZ. 1930 Sp. 121ff.). — TRIEPEL Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, Festschr. f. BINDING II 1911 S. 1ff.

BERNATZIK Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, ArchÖffR. 5 (1890) S. 169ff.; HÖLDER Amt, Selbstverwaltung und juristische Person, ArchÖffR. 21 (1906) S. 308ff.; v. RHEINBABEN Art. „Amt“ im WStVR. I. Über den hamburg. Behördenbegriff BEHR und v. DASSEL HansRZ. 1917/18 Sp. 143ff., 193ff., 1922 Sp. 761ff.

Über Geistliche u. Kirchenbeamte HOLSTEIN ArchÖffR. N. F. 13 (1927) S. 153ff., DANIELS u. ARMBRUSTER PrPfarrArch. 17 (1929) S. 289ff., 18 (1930) S. 97ff., BUNZEL Rechtl. Stellung d. ev. Pfarrers 1931; über d. Beamten u. Angestellten d. Reichsversicherung BREITHAUPT 1925, Erg. 1929, der Krankenkassen BRUCKER u. HECKER 1929; über d. Reichsbahnbeamten POTTHOFF 1924, ROSER[5] 1931. — GIESE und ANSCHÜTZ Der Beamtencharakter der Lehrer an den öffentlichen höheren Lehranstalten in Preußen. Zwei Rechtsgutachten, veröff. v. Pr. Philologenverband 1925; FRIEBE Wesen d. Bestätigung bei Anstell. v. Lehrkräften an städt. höheren Lehranstalten, VerwArch. 34 (1929) S. 207ff.; HEYMANN Ist der Stadtdirektor in der Stadt Wolfenbüttel Staats- oder Gemeindebeamter? BraunschwZ. 58 (1911) S. 98ff.; FRIEDRICHS Beamte im Dienste zweier Gemeinwesen, JurRdsch. 3 (1927) S. 312ff.

FÖLSCHE D. Ehrenamt in Preußen u. im Reiche 1911; ZACHARIAS Verschiedenheit d. rechtl. Natur d. Ehrenamtes in Preußen u. in den Hansestädten Hamburg u. Lübeck, ArchÖffR. 32 (1914) S. 1ff.; PREUSS Art. „Ehrenamt“ WStVR. I; A. RIESS Art. „Ehrenämter und Ehrenbeamte“ HWBKommunalW. I.; H. PETERS in NIPPERDEY II S. 294ff. u. HdbDStR. II S. 100ff.

A. LOTZ Geschichte des deutschen Beamtentums[2] 1914; WINTERS Abriß der Geschichte des Beamtentums[2] 1929; WALDECKER Entwicklungstendenzen im deutschen Beamtenrecht, ArchÖffR. N. F. 7 (1924) S. 129ff. — NAWIASKY Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlamentarischen Staat 1925; KÖTTGEN Das deutsche Berufsbeamtentum u. d. parl. Demokratie 1928; VALENTIN Bismarck u. d. Beamtentum, „Der Beamte" 1 (1929) S. 129ff. Schriften und Aufsätze über das Beamtentum von W. R. HERMANN 1925, KLEINSTÜCK ArchPolGesch. 4 (1926) S. 1ff., VOLKLAND 1927, KOELLREUTTER BeamtJahrb. 15 (1928) S. 339ff., GIESE[2] 1930, VÖLTER „Der Beamte" 2 (1930) S. 51ff., HARBURG u. LEISEGANG ZRPhilos. 5 (1930) S. 89ff., 108ff., HELLER Neue Rdsch. 1930 S. 721ff. — SOMBART Beamtenschaft u. Wirtschaft 1927; CONRAD Beamtencharakter und Beamtenrecht in ihren Wechselbeziehungen. Ein Beitrag zur Beamtenpsychologie 1927; RAUCK D. Beamte u. d. Publikum, BayVerwBl. 77 (1929) S. 257ff. — W. JELLINEK Der Beamte und das Recht, Jahrb. d. Verwaltungs-Akademie Berlin 1926; KOELLREUTTER Der Beamte im Recht, BeamtJahrb. 16 (1929) S. 561ff. — WINTERS Beamtenwissenschaft 1926; PIETSCH Wissensch. Bearbeitung von Beamtenfragen, BeamtJahrb. 15 (1928) S. 187ff.

Beamten-Jahrbuch, begründet 1914 von FALKENBERG und POTTHOFF, jetzt her. vom Deutschen Beamtenbund u. anderen. — Zeitschrift für Beamtenrecht, her. v. J. ABRAHAM, seit 1928. — „Der Beamte", her. von FALKENBERG, seit 1929. — JADESOHN-POTTHOFF Rechtsprechung zum Beamtenrecht 1914—1926 (1928).

HELFRITZ Grundzüge des Beamtenrechts 1929; KÖTTGEN Beamtenrecht 1929. — BRAND in NIPPERDEY II S. 210ff.; WOLFSTIEG Die Beamtengesetzgebung des Deutschen Reiches 1926; Kommentare zum Reichsbeamtengesetz von PERELS-SPILLING[2] 1906, BRAND[3] 1929 (Gesetze ü. d. Rechtsverhältnisse d. Reichsbeamten), FISCHBACH 1930. — G. JAHN Die Besoldungsgesetzgebung des Reiches und ihre Entwicklung 1930. BRUCKER Die deutschen Besoldungsgesetze 1929; Kommentar zum Reichsbesoldungsgesetz von SÖLCH-ZIEGELASCH 1928, 2 ErgBde. 1930/31. MEYNEN Reichsdienstwohnungen 1930. MEYNEN-BARZ Umzugskostenvorschriften f. d. Reichsbeamten 1928. FEHTKÖTTER Reichs-Pensions- und Hinterbliebenenbestimmungen[5] 1928, Nachtr. 1930. — Kommentare zum Wehrgesetz von SEMLER 1921, RITTAU[2] 1926. PAPKE Rechtsstellung d. Reichswehrsoldaten, VerwArch. 34 (1929) S. 24ff. — KONRAD Das Militärversorgungsrecht (i. wes. Textausgabe) 1928; ARENDTS RVersorgG.[2] 1929, Nachtr. 1930; DERSELBE Versorgung d. ehem. akt. Offiziere der alten Wehrmacht 1927; E. BEHREND VersorgR. u. VersorgVerfahren 1926; TH. VON OLSHAUSEN u. TH. SCHULTE-HOLTHAUSEN G. ü. d. Verfahren in Versorgungssachen[3] 1928, Nachtr. 1930. — Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts; Ztschr. „Der Versorgungsbeamte".

BRAND Das (preußische) Beamtenrecht[3] 1928; DERSELBE Beamtenrecht, in v. BRAUCHITSCH PrVerwaltungsgesetze VIII 1930; H. KLÜBER Die Grundsätze des Beamtenrechts in der Rechtsprechung des OVG., VerwArch. 31 (1926) S. 136ff., 34 (1929) S. 364ff., 485ff.; RIECKENBERG Die Rechtsverhältnisse der pr. Staatsbeamten u. Kommunalbeamten 1928; VAN DEN BERGH-FAHR-WOLFSTIEG Die pr. Polizeibeamtengesetze 1929. Erläuterungen z. d. pr. Besoldungsgesetzen von ERYTHROPEL[4] 2 Bde. 1928, ZIMMERMANN 1930, JAECKEL-SCHNEIDER 1928 (Volks- u. Mittelschullehrer), v. ROHRSCHEIDT[9] 1928 (Volksschullehrer), TERWIEL-ADERHOLD 1928 (Mittelschullehrer), GÜNTHER 1929 (Gewerbe- u. Handelslehrer). EBENAU Die Reisekostenbestimmungen f. d. pr. Staatsbeamten[3] 1930. BRAND Die preußischen Beamtengesetze über Ruhegehalt usw.[2] 1927. — RECK Das Gemeindebeamtenrecht 1926; KAUTZ-APPELIUS Preußisches Kommunalbeamtenrecht[2] 1912; FRIEDRICHS Pr. Kommunalbeamtenrecht 1926; NISCHK Kommunalbeamtenrecht[2] 1929; Berliner Stadtrecht II 1928 (städt. BeamtR.). Kommentare zum Kommunalbeamtenges. von FREYTAG[2] 1905, LEDERMANN-BRÜHL[2] 1914, VOGELS 1927. PREUSS u. a. Art. „Gemeindebeamte" im HWBKommunalW. II; VOGELS Der Kommunalbeamtenbegriff des preußischen Rechts, VerwArch. 31 (1926) S. 10ff.; HELFRITZ Grundriß des preußischen Kommunalrechts[2] 1927 S. 50ff. — METZ Bay. Beamtengesetz (Text u. Nebengesetze) 1931; Kommentare zum bay. Beamtengesetz v. 16. Aug. 08 von SUTNER[2] 1909, REINDL 1914, REGER[3] 1917; HENDINGER Bay. Beamtenbesoldungsges. 1928; LEGAT desgl.[2] 1928; JEHLE-SCHMITT Das bayerische Gemeindebeamtenrecht 1928. — FESSLER Die Entwicklung des sächs. Staatsdienerrechts im 19. Jahrh. 1910; G. SCHULZE-ROTH Das sächs. Beamtenrecht, 2 Bde. 1925; DIESELBEN Die sächs. Besoldungsgesetze[2] (1930); SCHULZE Sächs. Polizeibeamtengesetz 1928; BARTSCH-v. LOEBEN desgl. 1928. — KÖSTLIN-SCHMID D. württ. Beamtengesetz 1929; DIESELBEN BesoldG. f. d. württ. Staatsbeamten 1930; EINSELE-NUDING Württ. BesoldG. für Körperschaftsbeamte[2] 1928. — BINZ (Bad.) G. ü. d. Beamten des staatl. Sicherheitsdienstes 1927; K. P. MEYER Unters. z. bad. Gemeindebeamtenrecht, Heidelb. Diss. 1928. — POTTHOFF-SCHINDHELM Thür. Beamtenrecht 1923; SCHNEIDER Gemeindebeamtenrecht in Thüringen 1927. — SCHAEFER Rechtsverhältnisse d. Gemeindebeamten in Hessen 1929. — Über das österr. Beamtenrecht E. FALCK, Heidelb. Diss. 1930, über das schweizerische INGOLD „Der Beamte" 1 (1929) S. 316ff. — BICHOFFE Qu'est-ce qu'un fonctionnaire? Fonction publique et contrat 1927; MORSTEIN MARX Das Berufsbeamtentum in England, ZStaatsW. 89 (1930) S. 449ff.; L. MAYERS The federal service 1922.

M. ADAM Die Anstellungsgrundsätze[6] 1930. — TILSE Die Stellung der Frau als Beamtin, Rost. Diss. 1930. — Die S. 244f., 249 genannten Schriften über den öff. rechtl. Vertrag u. d. zwei-

seit. Verwaltungsakt. KURT MAY Die Behändigung der Anstellungsurkunde, ThürRdsch. 4 (1926) S. 53ff. Über die Entstehung des Beamtenverhältnisses ohne Anstellungsurkunde die S. 265 N. 3 genannten Schriften. — WERLE Die unfreiwillige Versetzung der Richter auf andere Stellen, ArchÖffR. 17 (1902) S. 1ff.; DANIELS desgl., BeamtJahrb. 17 (1930) S. 480ff. — BEHR Politische Beamte, HansRZ. 1924 Sp. 13ff.; WEYRICH Die staatsrechtliche Stellung der Wartestandsbeamten, PrVerwBl. 47 (1926) S. 355f.; BONGARD Die Rechtsverhältnisse der Warte- und Ruhestandsbeamten des Reichs 1927. Über deren Anspruch auf Einsicht in die Personalakten HÜFNER in LeipzZ. 1929 Sp. 1ff. — Aufsätze und Gutachten zum preußischen Altersgrenzengesetz u. a. von TRIEPEL ArchÖffR. 40 (1921) S. 349ff., WACH ArchÖffR. N. F. 4 (1922) S. 245ff. FRIEDRICHS Die Tatsache d. Dienstunfähigkeit, RVerwBl. 51 (1930) S. 305f.; LOSCHELDER Pensionierung d. Magistratsmitglieder, RVerwBl. 52 (1931) S. 123ff. — Über die Kündigungsbeamten WOLFSTIEG Stusev. 1927 S. 339ff., MÖLLER ZBeamtR. 1 (1929) S. 214ff., KÖSTLIN WürttZ. 71 (1929) S. 75ff.

SCHMID Verhalten des Beamten in und außer dem Amte, WürttZ. 70 (1928) S. 153ff. (hierzu BATTENBERG i. WüRV. 21, 1928, S. 177ff.); KLÜBER Umfang und Inhalt der Pflicht des Beamten zu würdigem Verhalten, BeamtJahrb. 18 (1931) S. 159ff. — RADNITZKY Zur Lehre von der Treuepflicht im Dienstverhältnisse, ArchÖffR. 20 (1906) S. 120ff.; KLÜBER Treupflicht der Beamten, ZBeamtR. 2 (1930) S. 166ff.; FRIESENHAHN Der politische Eid 1928. — Über den Beamtenstreik SCHULTZENSTEIN „Gesetz und Recht“ 20 (1919) S. 321ff., ALLEKOTTE 1920, L. BENDIX 1922, DIETZ BadVerwZ. 1922 S. 161ff., 169ff., STUDHALTER 1925. L. RICHTER Beamtentreue und Streikarbeit, JW. 1925 S. 182ff. — G. KLEIN Polit. Pflichten d. Beamten n. d. Rechtspr. d. höchsten DiszGer., „Die Justiz“ VI 1931 S. 373ff. — GEHRING Petitions- und Beschwerderecht der Beamten, WüRV. 16 (1923) S. 18ff.; BATTENBERG Disz. Grenzen d. polit. Betät. d. Beamten, WüRV. 21 (1928) S. 49ff.; VERVIER Meinungsäußerungsfreiheit und Beamtenrecht, ArchÖffR. N. F. 6 (1924) S. 1ff.; WOLFSTIEG Recht der Beamten auf freie Meinungsäußerung, BeamtJahrb. 1926 S. 484ff., 1927 S. 481ff. Über Volksbegehren und Beamtenpflichten u. a. die Besprechung des Urteils des RStGH. v. 19. Dez. 29 durch H. J. WOLFF ArchÖffR. 57 (1930) S. 411ff., über die Zugehörigkeit von Beamten zu einer revolutionären Partei HÄNTZSCHEL u. BERNER RVerwBl. 51 (1930) S. 509ff., 667ff., 669f.; ANSCHÜTZ u. GLOCKNER Bad. Schulzeitung 1930 Nr. 50—52 u. BadVerwZ. 1930 S. 177ff., 1931 S. 1ff., 5; KOELLREUTTER Reichstagswahlen u. Staatslehre 1930 S. 32ff. — W. VAN CALKER Die Amtsverschwiegenheitspflicht im deutschen Staatsrecht, Festg. f. O. MAYER 1916 S. 117ff. Über Bekleidung von Nebenämtern VOGELS ArchÖffR. 29 (1912) S. 501ff., 34 (1915) S. 380ff., VerwArch. 21 (1913) S. 263ff., 22 (1914) S. 65ff., über Bekleidung von Aufsichtsratsposten v. SCHWARTZKOPPEN RVerwBl. 50 (1929) S. 185ff., 201ff. PLUMEYER Die Residenzpflicht der Reichs- u. preuß. Beamten, ZStaatsW. 70 (1914) S. 592ff. — HÜFNER Der Dienstvorgesetzte des Beamtenrechts, LeipzZ. 1928 Sp. 1ff.; HEILBORN Die Pflicht d. pr. u. d. Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle, Festschr. f. GIERKE 1911 S. 125ff.; DRERUP Grenzen d. Gehorsamspflicht d. Beamten, Münst. Diss. 1929; GIESE u. HEYLAND Durchsuchbarkeit von Dienstschränken, BeamtJahrb. 17 (1930) S. 119ff. IPSEN Richter u. Justizminister, Heidelb. Diss. 1929. ROTHENBÜCHER u. PERELS Auskunftspflicht des Hochschullehrers gegenüber der Hochschulbehörde, Mitt. d. Verbandes d. deutschen Hochschulen 9 (1929) S. 12ff. — E. COHN Die Haftung des Beamten für unmittelbare Schädigungen seines Dienstherrn, Gruch. 71 (1930) S. 337ff.; KROTOSCHINER Defektenverfahren, Stusev. 10 (1929) S. 137ff.

v. RHEINBABEN Die pr. Disziplinargesetze[2] 1911; BRAND desgl. 1929. FRESENIUS Die Heer.-DiszStrO. i. d. Hand des Truppenerziehers 1928. — ALFR. SCHULZE-SIMONS Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs 1926; Rechtspr. d. pr. Disziplinarhofs f. nichtrichterl. Beamte 1930; Entscheidungen des Großen Disziplinarsenats in Disziplinarverfahren gegen preußische Richter und Notare 1927, Nachtr. 1930; WEDEL Rechtspr. d. thür. Dienststrafhofs, ZBeamtR. 2 (1930) S. 268ff.; SCHENKE desgl., Jen. Diss. 1930. — FR. SCHÖNE Die rechtliche Natur der disziplinar. Bestrafung, VerwArch. 19 (1911) S. 180ff.; SCHMID Beamtenrechtliche Ordnungsstrafverfügungen und Rechtskraft, WürttZ. 67 (1925) S. 241ff.; SCHNEIDER Kündigungsbeamte und Dienststrafverfahren, Stusev. 1928 S. 3f. BENDIX Die drei Jagow-Urteile, „Die Justiz“ 3 (1928) S. 516ff.; hierzu auch LASSAR JW. 1928 S. 3232f., FRIEDRICHS JW. 1929 S. 1124f., APPELIUS RVerwBl. 51 (1930) S. 358ff.

Über wohlerworbene Beamtenrechte vgl. die oben S. 190 angeführten Schriften. — FALCK Die Personalakten nach den Bestimmungen der RV. 1928. — SCHMID Rechtsanspruch auf Dienstalterszulagen, WürttZ. 72 (1930) S. 1ff.; TH. WOLFF Verzinsung nicht rechtzeitig gezahlter Beamtenbezüge, LeipzZ. 1929 Sp. 73ff. Über Aufrechnung gegenüber Hinterbliebenen WITTMAACK ZBeamtR. 2 (1929) S. 17ff. — Über den Rechtsschutz im Beamtenrecht SIEVERS FischersZ. 60 (1927) S. 217ff., MÖLLER BeamtJahrb. 1928 S. 407ff., 471ff., ROTH FischersZ. 66 (1931) S. 57ff. VERVIER Zuständigkeit zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Lösung des Dienstverhältnisses eines Gemeindebeamten, BayGemZ. 1927 Sp. 513ff. (dazu FRAJA Sp. 673ff., SCHADENFROH Sp. 881ff., 905ff., VERVIER 1928 Sp. 191ff., 215ff., 250ff., 304ff.; 1931 Sp. 234ff.); SCHADENFROH Gesetzliche Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsweg beim Streit um Bezüge der Gemeindebeamten, BayZ. 1928 S. 101ff.

## I. Begriff.

Das Recht des öffentlichen Dienstes gehört zum großen Teile dem Beamtenrecht an, doch gibt es auch öffentliche Dienstpflichten von Personen, die man nicht zu den Beamten rechnet. Der Schöffe und der Geschworene stehen im öffentlichen Dienst, sind aber keine Beamten. Ebenso pflegt man im Militärrecht den Offizier scharf von dem Militärbeamten, etwa dem Zahlmeister, zu scheiden.

Unter öffentlichem Dienst verstehen wir aber die öffentlichrechtliche Beziehung zwischen einem einzelnen und dem Staat oder gewissen sonstigen öffentlichen Verbänden als Dienstherren, kraft deren der einzelne dem Dienstherrn zur Besorgung von Geschäften, zur Treue und zum Gehorsam verpflichtet ist.

1. **Öffentlichrechtlich** also muß die Beziehung zunächst sein. Damit ist nicht gesagt, daß die Begründung der Dienstpflicht ein ausgesprochen öffentlichrechtliches Gepräge haben muß. Auch wenn ein Gesetz, allerdings gegen die Regel, aussprechen sollte, daß die öffentliche Dienstpflicht in der Form eines bürgerlichrechtlichen Vertrages begründet wird, würde das Ergebnis dieses Begründungsaktes doch ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis sein können (oben S. 253). Öffentlichrechtlich aber ist nach früher Gesagtem (S. 49) ein Rechtsverhältnis, kraft dessen Verwaltungsakte vorgenommen werden können. So untersteht der Beamte einer Dienststrafgewalt, ist also dem Verwaltungsakt der Verhängung einer Dienststrafe ausgesetzt[1], ebenso dem Verwaltungsakt der Einstufung in eine bestimmte Gehaltsgruppe oder der Versetzung in ein anderes Amt. Bei einem großen kaufmännischen Unternehmen können ähnliche Verfügungen der Verwaltung ergehen, aber es fehlt ihnen die dem Verwaltungsakt eigentümliche Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit und die bei ihm häufig vorkommende Unüberprüfbarkeit[2]. Dies Unterworfensein unter Verwaltungsakte ist also das dem öffentlichen Dienste Eigentümliche. Auch auf die Art der zu leistenden Dienste kommt es zunächst nicht an. Es gibt Beamte mit obrigkeitlichen und solche mit nicht-obrigkeitlichen Verrichtungen. Der Bibliotheksgehilfe, der die Bücher mit Standortsnummer versieht, katalogisiert und einstellt, kann ebensogut Beamter sein wie der Schutzpolizeibeamte oder der Vorsteher eines Finanzamts. Und doch sind die zu leistenden Dienste für die Beantwortung der Frage, ob jemand Beamter ist, nicht bedeutungslos. Zwar kann, wer nicht-obrigkeitliche Tätigkeiten ausübt, sowohl Beamter als auch Arbeiter oder Angestellter sein[3]. Staat und Gemeinde haben freie Hand, ob sie Schreibarbeiten durch Beamte oder durch Angestellte ausführen lassen wollen. Auch der Angestellte, dem nur aus wichtigen Gründen gekündigt werden kann, der sog. Dauerangestellte, bleibt dem BGB. unterworfen, die Vorschriften der Reichsverfassung über Beamtenrecht beziehen sich nicht auf ihn[4]. Selbst die Einführung einer Angestelltenversorgung nach Art von Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung der Beamten[5] oder die Vereinbarung einer nach Art einer Dienststrafe zu verhängenden Vertragsstrafe[6] machen den Privatangestellten des Staates oder einer Gemeinde nicht zum Beamten. Aber bei der Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse scheidet sich der Beamte vom Angestellten. Nach bekannter (oben S. 23, 265) Rechtsprechung namentlich des Reichsgerichts macht die Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse den An-

[1] Besondere Hervorhebung dieses Punktes bei PrOVG. 4. Jan. 16, Entsch. 70, 257.

[2] Vgl. RG. III. ZivSen. 31. Mai 27, JW. 1927 S. 2206f.

[3] RG. III 1. Nov. 29, RGZ. 126, 147ff. (Hilfsbibliothekar). Über die Entwicklung auf diesem Gebiete der Personalpolitik KÖTTGEN JahrbÖffR. 18 (1930) S. 24ff.

[4] RG. III 17. März 25, RGZ. 110, 297ff.

[5] Vgl. z. B. G. ü. Gewährung von Ruhegeld und Hinterbliebenenversorgung für hamburgische Staatsangestellte, Bek. v. 27. Juni 27; lüb. Angestellten-Versorgungsgesetz v. 30. Jan. 26; RdErl. d. PrFinMin. v. 22. Okt. 28 ü. zusätzl. Altersversorgung d. pr. Staatsarbeiter (PrBesBl. S. 286).

[6] PrOVG. 30. Juni 13, Entsch. 65, 434ff.

gestellten zum Beamten. So ist der, wenn auch durch Privatdienstvertrag angestellte, Vorsteher eines städtischen Wohnungsamts Beamter[1], ebenso ist es immer der Standesbeamte[2]. Zahlreiche weitere Entscheidungen sprechen sich im gleichen Sinne aus[3]. Es müssen schon ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen vorliegen, wenn die Regel einmal ausnahmsweise nicht gelten soll.

**2. Dienstherrnfähigkeit.** Dies öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis muß zwischen dem Verpflichteten und dem Staate oder gewissen sonstigen öffentlichen Verbänden bestehen. Damit ist gesagt, daß nicht jedermann fähig ist, Dienstherr[4] in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zu sein. Eine Privatperson kann es nie sein, auch nicht eine mit gewissen öffentlichrechtlichen Befugnissen ausgestattete, wie die eine Straßenbahn betreibende konzessionierte Aktiengesellschaft. Wenn man trotzdem Privatförster oder Privatjagdaufseher mit Beamteneigenschaft antrifft[5], wenn trotzdem Anschläge in den Straßenbahnwagen oder Bekanntmachungen in der Zeitung darauf hinweisen, daß die Straßenbahnkontrolleure öffentliche Beamte seien und daß Widerstand gegen sie als Widerstand gegen die Staatsgewalt bestraft werde, so hängt dies mit einer Doppeleigenschaft jener Angestellten zusammen. Nach ihrer privatrechtlichen Anstellung werden sie von der zuständigen Staats- oder Gemeindebehörde öffentlichrechtlich verpflichtet[6] und treten dadurch in den Staats- oder Gemeindedienst, ohne darum aufzuhören, im Privatdienste ihrer ursprünglichen Arbeitgeber zu stehen. Aber nicht nur Privatpersonen, auch gewissen juristischen Personen des öffentlichen Rechts fehlt die Dienstherrnfähigkeit. Otto Mayer erkennt sie nur dem Reiche, den Ländern, den Gemeinden und Kommunalverbänden und den Kirchen zu[7]. Wenn auch der Kreis der hiernach Befähigten jedenfalls für das preußische Recht zu eng gezogen ist, so ist doch richtig, daß gewisse juristische Personen des öffentlichen Rechts bei Erfüllung ihrer Aufgaben auf Privatangestellte angewiesen sind. Sehr weit in der Zubilligung der Dienstherrnfähigkeit geht Preußen mit dem aus dem ALR. stammenden Begriffe des mittelbaren Staatsbeamten. Nach § 69 II 10 stehen die Staatsbeamten „entweder in unmittelbaren Diensten des Staats oder gewisser demselben untergeordneter Collegien, Corporationen und Gemeinden". Da das Gesetz das Wort „gewisse" nicht näher erläutert, erkennt man in Preußen so gut wie allen öffentlichrechtlichen Körperschaften Dienstherrnfähigkeit zu, auch den durch Reichsrecht geregelten, sofern die Landesverwaltung bei deren Errichtung oder näheren Ausgestaltung mitzuwirken hat[8]. So können die Landwirtschaftskammern Beamte haben[9], die Handelskammern[10], die nach Reichsrecht zu errichtenden Handwerkskammern[11], der Verband öffentlicher Lebensversicherungsanstalten Deutschlands[12], die Ortskrankenkassen[13]. Doch hängt die Möglichkeit ganz von landesgesetzlicher Regelung ab. Ein reichsrechtliches Beispiel für

---

[1] RG. III 11. Okt. 29, RGZ. 125, 420ff.

[2] RG. III. ZivSen. 2. Juli 15, PrVerwBl. 37 (1916) S. 414f.

[3] Nachweise RGZ. 125, 421f. und oben S. 265 N. 3. Noch weiter geht die Rechtsprechung bei der Umgrenzung des strafrechtlichen Beamtenbegriffs; hier genügt schon jede Ableitbarkeit der vom Bediensteten wahrzunehmenden Aufgaben aus der Staatsgewalt: RG. I. StrSen. 8. Apr. 30, JW. 1931 S. 62ff. Über das Bedenkliche einer solchen Zerreißung des einheitlichen Beamtenbegriffs vgl. meine Ausführungen HdbDStR. II S. 30f.

[4] Über das Für und Wider dieses Ausdrucks HdbDStR. II S. 22.

[5] PrOVG. 10. Apr. 19 u. 8. Jan. 20, Entsch. 75, 431ff., 435ff.; WürttVGH. 15. Jan. 26, WüRV. 19 (1926) S. 170ff.

[6] Vgl. z. B. Bek. d. hamb. Polizeibehörde v. 31. Jan. 21.

[7] Otto Mayer II S. 138. Über Geistliche und Kirchenbeamte die am Kopfe des Paragraphen genannten Schriften.

[8] Daher nicht bei der jeder preußischen Einwirkung entzogenen Reichsversicherungsanstalt für Angestellte: PrOVG. 19. Okt. 16, Entsch. 72, 177ff.

[9] PrOVG. 19. Nov. 18, PrVerwBl. 40 (1919) S. 529f.

[10] PrOVG. 21. März 90, Entsch. 19, 62ff. [11] PrOVG. 2. Juni 13, Entsch. 64, 316ff.

[12] PrOVG. 18. März 19, Entsch. 75, 278ff. [13] Vgl. oben S. 185.

öffentlichrechtliche Körperschaften ohne Beamte sind die Berufsgenossenschaften der RVO.; so entschied das Reichsgericht, daß Regelung der Rechtsverhältnisse der Genossenschaftsangestellten durch Tarifvertrag möglich sei, da sie keine Beamten seien[1]. Von selbst versteht sich also die Dienstherrnfähigkeit in der Tat nur bei den Gebietskörperschaften und den Kirchen[2]; es müssen besondere gesetzliche Gründe, und wäre es auch nur § 69 II 10 ALR., vorliegen, wenn auch die Bediensteten anderer öffentlichrechtlicher juristischer Personen sollen Beamte sein können.

**3.** Von den den Beamten kennzeichnenden Dienstpflichten ist die **Pflicht zur Treue** die ihn von andern Dienstverpflichteten des öffentlichen Rechts unterscheidende. Die Pflicht zur Treue ist vor allem eine Gesinnungspflicht. Allerdings wäre es verkehrt, innerhalb der Beamtenschaft Gesinnungsschnüffelei zu treiben, Gedanken, für sich betrachtet, sind auch im Beamtenrechte frei. Aber gewisse Handlungen oder Unterlassungen des Beamten sind dienstlich verschieden zu bewerten, je nachdem sie einer treulosen Gesinnung entsprungen sind oder nicht. So mag dem Beamten die Flucht in die Öffentlichkeit gestattet sein, wenn er glaubt, dem Staate damit zu nutzen, und keinen anderen Ausweg zur Abwendung der dem Staate drohenden Gefahren sieht als einen Presseangriff gegen eine vorgesetzte Behörde. Tut er es aber aus Rache oder gekränkter Eitelkeit oder unbekümmert um die schädigenden Folgen, so macht er sich eines Treubruchs schuldig und hat dienstliche Bestrafung zu gewärtigen[3]. Die noch zu erörternde (unten S. 370f.) Rechtsprechung, wonach der Beamte zwar einer staatsfeindlichen Partei angehören, sich aber nicht staatsfeindlich betätigen darf, steht auf dem gleichen Blatte. Die Pflicht zur Treue verlangt ferner persönliche Aufopferung. Gewöhnlich ist Lebensgefahr ein Entschuldigungsgrund für die Unterlassung einer angesonnenen Handlung[4]; der Soldat aber, der aus Furcht vor dem Tode flieht, wird wegen Feigheit bestraft, der im Gemeindedienst als Beamter angestellte Feuerwehrmann kraft Dienststrafrechts entlassen, wenn er sich nicht in das brennende Haus getraut hat. Die Pflicht zur Treue herrscht so stark vor, daß sie sogar unter Umständen die Gehorsamspflicht überwindet oder einschränkt. So wollte einmal ein Beamter einen deutschen Gelehrten zur Luxussteuer veranlagen, als diesen eine ausländische Fakultät zum Ehrendoktor promoviert hatte und ihm das Diplom in einer Ganzledermappe überreichte. Nach dem damals geltenden Umsatzsteuergesetz handelte der Beamte gehorsam gegenüber dem Gesetze, aber er handelte nicht treu im höheren Sinne; denn er mußte sich sagen, daß sein Vorgehen den Staat lächerlich machen werde, und mußte daher beim Reichsfinanzminister den Antrag auf Niederschlagung der Steuer von Amts wegen stellen[5].

Die Treupflicht des Staatsbediensteten kommt in einer Reihe von Regeln zum Ausdruck. Im öffentlichen Dienste angestellt wird grundsätzlich nur der Deutsche. Wird ausnahmsweise, wie bei von auswärts berufenen Künstlern und Gelehrten, ein Ausländer angestellt, so begründet, falls kein Vorbehalt gemacht wird, die Aushändigung der Ernennungsurkunde für den Ernannten die deutsche Staatsangehörigkeit[6]. Die Treupflicht zeigt sich ferner in der Höchstpersönlichkeit der Dienstpflicht. In Verhinderungsfällen kann sich der Dienstverpflichtete nur durch bestimmte andere im öffentlichen Dienste befindliche Personen vertreten lassen, die dann den Dienst kraft eigener Dienstpflicht versehen, und nicht durch jeden beliebigen andern, wie dies bei Hand- und Spanndiensten zulässig ist. Auch deutet der Diensteid auf die Treupflicht des Beamten hin, wobei es der Gesetz-

---

[1] RG. III 18. Mai 26, RGZ. 114, 22ff. [2] RG. IV 5. Juli 26, RGZ. 114, 220ff.

[3] Vgl. Schulze-Simons Rechtspr. 1926 S. 214f., 215ff. [4] StGB. §§ $360^{10}$, 54.

[5] Die militärischen Exerzierreglements sprechen die „Pflicht des Untergebenen, erhaltene Befehle (deren Ausführung schädlich wäre) nicht oder abändernd auszuführen", ausdrücklich aus, z. B. Ex.-R. f. d. Feldartillerie v. 26. März 07 Ziff. $387^{II}$.

[6] RStAngG. v. 22. Juli 13 § 14.

gebung überlassen bleibt, ob sie den Eid vor die Ernennung oder vor den Dienstantritt oder auf eine spätere Zeit verlegen will. Der Treupflicht des Beamten entspricht endlich die Treupflicht des Dienstherrn. So darf er die Rechtsunkenntnis des Beamten nicht zu dessen Nachteil ausnutzen. Ein Beamter hätte z. B. Anspruch auf Versetzung in den Ruhestand, stellt aber ungeschickterweise den Antrag auf Entlassung. In diesem Falle darf die Behörde dem Antrag nur dann stattgeben, wenn der Beamte trotz hinreichender Belehrung auf seinem Willen beharrt[1].

Danach besteht keine Schwierigkeit mehr für die Unterscheidung des öffentlichen Dienstes von andern in das öffentlichrechtliche Recht hineinragenden Betätigungen. Vielerlei solcher Betätigungen kommen in Frage: kraft unmittelbarer Organschaft, in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte, bei Bekleidung privatrechtlicher Ämter, bei beliehenen Unternehmungen, kraft öffentlicher Naturallast, kraft Anstaltszwanges[2]. An der Unterworfenheit unter eine Dienstgewalt fehlt es beim Reichspräsidenten, der daher zwar Amtsträger, aber kein Beamter, beim Minister, der daher nur in gewissen Beziehungen als Beamter anzusehen ist, beim Reichstagsabgeordneten und beim Reichstagswähler. Den mit einem Privatamt Betrauten, wie den Vormund oder den Konkursverwalter[3], stellt das Gesetz nur in eine Vertreterschaft des bürgerlichen Rechts hinein und macht ihn daher sowenig zu einem öffentlichen Bediensteten wie etwa den Vater bei Ausübung seiner elterlichen Gewalt oder den Vereinsvorsitzenden. Beim beliehenen Unternehmer, etwa dem Kleinbahnunternehmer, fehlt die besondere Treuepflicht, die den Beamten auszeichnet. Auch vom Straßenanlieger, der den Schnee vom Bürgersteige kehrt[4], oder vom Zeugen, der vor Gericht geladen ist, verlangt der Staat nur Gehorsam, keine Treue. Ebenso fehlt die Treuepflicht beim Schüler, der seine Aufgaben machen muß, beim Kranken, der sich gewissen Regeln der Krankenordnung zu fügen hat, beim Fürsorgearbeiter[5]. Eine Verwechselung mit dem öffentlichen Dienst ist daher in all diesen Fällen nicht gut möglich.

**4.** Nach dem bisher Gesagten ist es auch klar, wodurch sich der öffentliche Dienst von dem **staatlich gebundenen Beruf** im Sinne Triepels[6] unterscheidet. Es gibt eine Reihe von freien Berufen oder gewerblichen Betätigungen, die einige Elemente des öffentlichen Dienstes enthalten, aber doch nicht zum öffentlichen Dienst zu rechnen sind, weil andere Elemente fehlen. So ist der Rechtsanwalt „verpflichtet, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben und durch sein Verhalten in Ausübung des Berufs sowie außerhalb desselben sich der Achtung würdig zu zeigen, die sein Beruf erfordert“ (RAO. § 28). Auch unterliegt er einer beschränkten Residenzpflicht (§ 29) und muß gewisse vom Gericht angeordnete Vertretungen übernehmen (§ 36) und die bei ihm beschäftigten Referendare ausbilden (§ 40). Bei Verletzung seiner Pflichten hat er ehrengerichtliche Bestrafung zu gewärtigen (§§ 62ff.). Trotz dieser Anklänge an den öffentlichen Dienst ist der Rechtsanwalt kein Beamter. Denn im wesentlichen bedeutet die Zulassung eines Rechtsanwalts bei einem Gericht keine Verpflichtung für ihn, sondern nur die Ermächtigung zur Ausübung eines freien Berufs, der ihm gewisse Schranken auferlegt. Die Pflicht zur Übernahme einer Vertretung und zur Beschäftigung von Referendaren ist keine Dienstpflicht mit Treuepflicht dem Staate gegenüber, sondern eine öffentliche Last, wie die Pflicht, sich als Zeuge oder Sachverständiger vernehmen zu lassen. Ähnlich liegen die Verhältnisse beim Arzt, beim vereidigten Feldmesser und verwandten Gewerbetreibenden (GewO. § 36[I])[7], beim Privat-

[1] RG. III 10. Okt. 19, RGZ. 96, 302ff.; vgl. auch RG. III 22. Nov. 29 u. 29. Apr. 30, RGZ. 126, 243ff., JW. 1930 S. 1188 (Anm. von mir), 2216f.

[2] Näheres im HdbDStR. II S. 25ff.

[3] PrOVG. 5. Nov. 29, Entsch. 85, 85ff.

[4] Vgl. auch BayVGH. 21. Nov. 17, Samml. 39, 34ff. (Wachtposten).

[5] Vgl. Th. Marx Rechtsstellung d. Fürsorgearbeiters 1929.

[6] Triepel Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, Festschr. f. Binding II 1911 S. 1ff.

[7] PrOVG. 29. Okt. 18, Entsch. 74, 264ff.; SächsOVG. 30. Dez. 24, Jahrb. 29, 173ff.

dozenten[1]. Auch der Privatdozent erhält, wenn ihm kein Lehrauftrag zuteil wird[2], nur die Ermächtigung zu lesen, die venia legendi, nicht das officium legendi. Auch aus der Tatsache, daß die venia erlischt, wenn der Privatdozent während einer bestimmten Anzahl von Semestern keine Vorlesungen hält oder ankündigt, darf man keine Vorlesungspflicht ableiten; vielmehr handelt es sich hier um einen auch dem Gewerberecht bekannten Verwirkungsgrund (GewO. § 49).

## II. Dienst, Amt, Behörde.

Der in den öffentlichen Dienst Eingetretene steht dem Dienstherrn zur Verfügung. Am deutlichsten zeigt sich dies beim Soldaten, der kraft seiner Dienstpflicht bald zu dieser, bald zu jener Tätigkeit — Haferholen, Postenstehen, Exerzieren, Reinigen der Stube — befehligt werden kann. Gewöhnlich aber verpflichtet die Anstellungsbehörde den Bediensteten zu bestimmten, meist wiederkehrenden Aufgaben. Einen solchen Kreis von Aufgaben, die kraft öffentlicher Dienstpflicht zu verrichten sind, nennt man, das Wort in einem engeren Sinne brauchend, Amt, während man im weiteren Sinne auch vom Amte unmittelbarer Organe, etwa des Reichspräsidenten, spricht. So ist die Professur, auf die ein Privatdozent berufen wird, die Stelle eines Landgerichtsrats, eines Kreissekretärs ein Amt.

Gerade diese Beispiele zeigen aber, daß der Begriff der Behörde enger sein muß als der des Amtes. Weder die Professur noch die Stelle des Landgerichtsrats noch die des Kreissekretärs sind Behörden. Dagegen sind Behörden der Senat der Universität, das Landgericht, das Landratsamt. Was ist nun aber das die Behörde kennzeichnende Merkmal? Die Fähigkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, wie Otto Mayer will[3], kann es nicht sein, denn es gibt sicher auch technische Behörden, wie die statistischen Landesämter oder die Straßenbauinspektionen. Entscheidend für das Wesen der Behörde ist vielmehr deren organisatorische Einheit. Behörden sind also entweder Einzelämter, die eine organisatorische Einheit bilden, wie der Amtsvorsteher, oder eine zu einer organisatorischen Einheit zusammengeschlossene Vielheit von Einzelämtern, wie Landgericht, Landratsamt. Dabei ist es gleichgültig, ob die einzelnen Ämter als gleichberechtigte Teile des Ganzen miteinander verbunden sind oder ob das eine Amt als bloßes Zubehör eines andern erscheint, wie dies im Verhältnis des Kreissekretärs zum Landrat der Fall ist. Die ganze Erörterung ist erforderlich für die Fälle, in denen das Gesetz von „Behörden" spricht, z. B. im § 13 GVG. oder in den §§ 114, 196 StGB.[4]

Das Verhältnis zwischen Amt und öffentlicher Dienstpflicht bereitet keine Schwierigkeit. Es gibt öffentliche Dienstpflichten ohne Amt. Der Soldat, der Referendar sind Beispiele für noch nicht mit Ämtern betraute Dienstverpflichtete, der auf Wartestand gesetzte und der vorläufig seines Dienstes enthobene Beamte für Dienstverpflichtete, die zur Zeit kein Amt mehr haben. Dagegen lautet der Satz in der Umkehrung: kein Amt ohne öffentliche Dienstpflicht. Der Satz ist nach unserer Umschreibung des Begriffes „Amt" selbstverständlich, da wir mit „Amt" einen Kreis von Aufgaben bezeichneten, die kraft öffentlicher Dienstpflicht zu verrichten sind (s. oben). Nun wird auch die früher (S. 355f.) gewürdigte Rechtsprechung erklärlich, daß die Übertragung eines obrigkeitlichen Amtes den Dienstverpflichteten immer zum Beamten mache. Der Satz kann auch in Stellvertretungsfragen wichtig werden. So wurde es einmal streitig, ob ein von seinen amtlichen Verpflichtungen entbundener Professor in Vertretung des verhinderten Rektors als Prorektor Amtshandlungen vornehmen

[1] PrOVG. 17. Okt. 12, Entsch. 62, 469ff.
[2] Pr. G. v. 4. Aug. 22 Art. 4; PrDiszHNichtrichtB. 18. Nov. 29, DJZ. 1930 Sp. 175f.
[3] Otto Mayer I S. 93f.
[4] Vgl. die reiche Rechtsprechung hierzu bei Frank StGB.[18] § 114 II. Ferner RG. V 13. Jan. 23, RGZ. 106, 147ff. (zu Art. 12 § 2 pr. AG. BGB.); PrOVG. 18. Mai 26, Entsch. 81, 181ff. Ausdrückliche Aufzählung der „Behörden" im § 10 hamb. VerwAufbauG. v. 19. Nov. 26.

könne. Die Frage war zu verneinen, da die Bejahung dem gesunden Grundsatze widersprochen hätte, daß niemand ohne öffentliche Dienstpflicht ein öffentliches Amt verwalten kann.

### III. Arten des öffentlichen Dienstes.

Von den zahlreichen Einteilungsmöglichkeiten sind die nach der Verschiedenheit der Dienstherren und der Dienstverpflichteten am wichtigsten.

1. Nach der **Verschiedenheit des Dienstherrn** betrachtet, gibt es Reichsbeamte, Landesbeamte, Kommunal- und sonstige weltliche Körperschaftsbeamte[1] und Kirchenbeamte. Die Unterscheidung ist nötig, da die gesetzlichen Bestimmungen für die verschiedenen Arten von Beamten verschieden sind. Eben deshalb ist es wichtig zu wissen, woran man erkennt, ob ein Beamter zu der einen oder zu der andern Gruppe gehört. Wenn ein Beamter von der Landesregierung angestellt wird, seine Bezüge aus der Landeskasse erhält und die vorgesetzten Behörden ausschließlich Landesbehörden sind, besteht kein Zweifel darüber, daß er Landesbeamter ist. Wie aber, wenn die Gemeinde anstellt und besoldet, hiermit aber ihren Einfluß auf den Beamten erschöpft und die Dienstgewalt dem Staate überlassen muß? Da die Kasse, aus der die Besoldung stammt, offenbar gleichgültig ist, spitzt sich die Frage dahin zu, ob die Anstellung oder ob die Dienstgewalt und damit die Art der ausgeübten Tätigkeit über die Rechtsnatur eines Beamten entscheidet. Das Reichsbeamtengesetz beantwortet die Frage für den Begriff des Reichsbeamten dahin, daß der von Landes wegen angestellte Beamte dann Reichsbeamter ist, wenn er den Anordnungen des Reichspräsidenten (früher des Kaisers) Folge zu leisten verpflichtet ist (§ 1). Das Gesetz bestimmt aber nicht, daß jene Beamten damit aufhören, Landesbeamte zu sein, vielmehr nahm man unter BISMARCKS Verfassung als selbstverständlich an, daß die Postbeamten, um die es sich nach Art. 50$^{III, V}$ der Verfassung in erster Linie handelte, nur mittelbare Reichsbeamte seien[2]. Die Auswahl des Anzustellenden aus vielen Bewerbern ist doch ein zu wichtiger Akt, als daß man ihn bei der Einordnung des Ernannten in die eine oder die andere Klasse von Beamten völlig vernachlässigen dürfte. Die Ansicht des Reichsgerichts, daß die von der Gemeindebehörde an einer städtischen höheren Schule angestellten Studienräte nur mittelbare Staatsbeamte sind und nicht, wie das preußische OVG. will, unmittelbare Staatsbeamte, hat daher viel für sich. Doch soll auf diese heiß umstrittene Frage nicht näher eingegangen werden[3]. Es bedürfte dazu einer monographisch genauen Untersuchung sämtlicher beim Zusammentreffen von Gemeinde und Staat im Beamtenrecht denkbaren Kombinationsmöglichkeiten. Der Bedienstete kann sein: unmittelbarer Gemeindebeamter und unmittelbarer Staatsbeamter in einer Person; Gemeindebeamter, daneben auch noch Staatsbeamter; Staatsbeamter, daneben auch noch Gemeindebeamter; Nur-Gemeindebeamter; Nur-Staatsbeamter — um nur die nächstliegenden Möglichkeiten zu erwähnen.

2. **Nach der Person des Dienstverpflichteten** unterscheidet man vor allem den berufsmäßigen und den nicht berufsmäßigen öffentlichen Dienst. Vom letzten gibt es aber wieder zwei Spielarten: den Dienst als Ehrenbeamter und die Ausübung einzelner ehrendienstlicher Tätigkeiten.

a) Um mit der Ausübung einzelner ehrendienstlicher Tätigkeiten zu beginnen, so liefern der Schöffe, der Geschworene, der nach § 187 StPO. vom Untersuchungsrichter als Protokollführer vereidigte Laie, die Mitglieder

---

[1] So der Fachausdruck in Württemberg und Baden: württ. G. v. 14. Apr. 28, bad. FürsorgeG., Fass. v. 14. Juni 29.

[2] LABAND StR. d. DR. I[5] 1911 S. 444ff.

[3] Vgl. die am Kopfe des Paragraphen genannte Schrift von GIESE und ANSCHÜTZ; ein guter Überblick über die Streitfrage bei H. PETERS S. 126ff.

eines Wahlvorstands Beispiele. Meist ist die Übernahme der Tätigkeit mit Zwang verbunden, so beim Schöffen und Geschworenen, die auf Grund eines genau geregelten Verfahrens zum Dienste berufen werden und bei Säumigkeit eine Ordnungsstrafe verwirken[1]. Das dieser Art des öffentlichen Dienstes Eigentümliche ist das völlige zeitliche Zusammenfallen von Dienstverhältnis und dienstmäßiger Tätigkeit. Nach Schluß der Sitzung hat der Schöffe aufgehört, Schöffe zu sein, er bleibt nicht etwa dienstfreier Schöffe. Der Justizwachtmeister hat ein ganz richtiges Gefühl dafür, wenn er den Schöffen zwar noch während der Frühstückspause, nicht aber mehr nach der Sitzung grüßt. Auch würde sich der Schöffe, der sich auf seiner Besuchskarte „Schöffe a. D.“ nennen würde, genau so lächerlich machen wie jener Mann aus der Zeit vor 1918, der sich als „Musketier der Reserve“, sogar mit der Abkürzung „M. d. R.“, bezeichnete. Der von den Schöffen überstimmte Amtsrichter kann daher von keinem der Schöffen, und wäre ein Jurist darunter, verlangen, daß er das Urteil zu Hause schriftlich entwerfe. Enthält irgendein Gesetz Vorschriften für „Ehrenbeamte“, so fällt der Schöffe jedenfalls vor und nach der Sitzung nicht unter den Begriff.

b) Im Gegensatze dazu ist der Ehrenbeamte auch während der dienstfreien Zeit Beamter mit der sich hieraus ergebenden Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten. Allerdings unterscheidet er sich, abgesehen von der Besoldung, auch so noch vom Berufsbeamten dadurch, daß er, anders als dieser, mit dem Amte steht und fällt. Es gibt keinen Ehrenbeamten „zur Disposition“, sondern nur einen für ein bestimmtes Amt gewählten oder ernannten Ehrenbeamten. Das Beispiel des Handelsrichters (GVG. §§ 107ff.) mag es erläutern. Geht eine Kammer für Handelssachen ein, so wird dem überzählig werdenden Vorsitzenden, der Berufsrichter ist, wenn sich augenblicklich keine freie Stelle für ihn findet, das Amt vermutlich nur zeitweise entzogen werden; er bleibt im Dienste zur jederzeitigen Verwendung durch die Landesjustizverwaltung, ist allerdings zur Zeit ohne Amt. Der Handelsrichter dagegen verliert seine Stellung endgültig; es hat keinen Sinn, ihn noch im Dienste zurückzuhalten, da er eben nur für das jetzt untergegangene Amt bestellt worden war.

Der Handelsrichter ist insofern kein in jeder Beziehung typisches Beispiel für einen Ehrenbeamten, als es in seinem freien Willen liegt, ob er sich ernennen lassen will oder nicht. Nach RV. Art. 132 hat aber jeder Deutsche nach Maßgabe der Gesetze die Pflicht zur Übernahme ehrenamtlicher Tätigkeiten. Solche zur Annahme der Wahl oder der Ernennung zum Ehrenbeamten verpflichtenden Gesetze gibt es namentlich auf dem Gebiete des Kommunalrechts. So ist nach § 74 der preußischen Städteordnung für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853 jeder stimmfähige Bürger verpflichtet, eine unbesoldete Stelle in der Gemeindeverwaltung anzunehmen und eine angenommene Stelle mindestens drei Jahre lang zu versehen. Das Gesetz sieht eine Reihe von Entschuldigungsgründen für die Ablehnung vor; trifft keiner zu, so kann der Ablehnende unter anderm auf drei bis sechs Jahre der Ausübung des Bürgerrechts verlustig erklärt werden. Andere Beispiele für die Nötigung zur Annahme eines Ehrenamtes bieten die Vorschriften über die Versicherungsbeisitzer der RVO. (§ 51) und die Beisitzer der Schlichtungsausschüsse[2]. Für die Annahme der Wahl als Mitglied des Provinzialrats und des Bezirksausschusses (LVG. §§ 11ff., 28) dagegen gibt es keinen gesetzlichen Zwang. Auch der preußische Amtsvorsteher übernimmt sein Ehrenamt freiwillig[3].

Begründet wird die Stellung als Ehrenbeamter durch Wahl seitens einer Vertreterversammlung oder durch unmittelbare Wahl oder durch Ernennung seitens einer Behörde. Auch bei Annahmezwang bedarf es der Annahme durch

[1] GVG. §§ 31ff., 84ff., 56. [2] VO. v. 29. Dez. 23 (RGBl. I 1924 S. 9) § 3.
[3] KrO. v. 13. Dez. 72 § 56.

den Gewählten oder Ernannten; der Zwang zur Annahme hat nicht die Bedeutung der Annahme selbst. Geborene Ehrenbeamte wären eine unzeitgemäße Einrichtung, und doch gab es bis vor kurzem etwas Ähnliches in den selbständigen Gutsbezirken[1]. Anders geartete Anwartschaften kommen im Zusammenhang mit dem berufsmäßigen Staatsdienst vor. So ist es üblich, daß der zum Professor Ernannte zum ehrenamtlichen Direktor des seinem Fache zugehörigen Seminars bestellt wird.

Das dem Ehrenamte Eigentümliche ist die Unentgeltlichkeit der geleisteten Dienste. Dies schließt den Ersatz barer Auslagen und eine Aufwandsentschädigung nicht aus. Wo die letzte als Ersatz für anderweitige Erwerbsmöglichkeiten gewährt wird, nähert sie sich allerdings stark einer richtigen Besoldung.

Der gewöhnliche Endigungsgrund für die Stellung als Ehrenbeamter ist Zeitablauf, da Ehrenbeamte meist auf Zeit gewählt oder ernannt werden. Andere in den verschiedenen Gesetzen vorgesehene Endigungsgründe sind: Wegfall der gesetzlichen Befähigung zur Bekleidung des Ehrenamtes, Entlassung auf Antrag, einseitige Entlassung beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen.

c) Beim berufsmäßigen öffentlichen Dienst hört jene enge Verbindung des Dienstes mit dem Amte, die wir beim Ehrenbeamten gefunden haben, typischerweise auf. Der im Staatsdienst als Berufsbeamter Angestellte steht und fällt nicht mit seinem Amte. Die Ernennung ohne gleichzeitige Übertragung eines Amtes, die Versetzung in den einstweiligen Ruhestand und die vorläufige Enthebung vom Amte werden Gelegenheit zur näheren Begründung der Behauptung bieten, daß jemand im berufsmäßigen Staatsdienst stehen kann, ohne ein Amt zu haben.

Der berufsmäßige Staatsdienst hat bedeutsame soziologische Seiten und eine mitunter dem Staate das bezeichnende Merkmal aufprägende Geschichte. Auch das Werden in der rechtlichen Auffassung vom Wesen des berufsmäßigen Staatsdienstes[2] — vom privatrechtlichen Vertrag über die gesteigerte Untertanenpflicht zum öffentlichrechtlichen Vertrage, dann zum Verwaltungsakt auf Unterwerfung und zum zweiseitigen Verwaltungsakt als Begründungstatbeständen — ist lehrreich. Doch müssen wir es bei diesem Hinweis bewenden lassen.

Innerhalb des berufsmäßigen Staatsdienstes gibt es wieder mannigfache Unterschiede: Zivildienst und Militärdienst, Polizeibeamte[3], richterliche und nicht richterliche Beamte, Hochschullehrer und sonstige Lehrer. Auf gewisse Eigenarten solcher besonderen Beamtengruppen wird im Laufe der Darstellung zurückzukommen sein. Eine früher wichtige Unterscheidung verbietet jetzt die durch die Personal-Abbau-Verordnung hierin vorübergehend durchbrochen gewesene Reichsverfassung. „Alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte werden beseitigt" (Art. $128^{II}$). Gemeint sind die Beamtinnen, nicht die Beamtenanwärterinnen. Bei der Anstellung kann nach wie vor der Mann der Frau vorgezogen werden.

An den berufsmäßigen öffentlichen Dienst denkt man in erster Linie, wenn man vom Beamtenrecht spricht. Obgleich das Wort jene Vorstellung nicht genau deckt, da auch der Ehrenbeamte Beamter ist, andrerseits auch der Heeresdienst, den man nicht zum Beamtenrecht zu rechnen pflegt[4], berufsmäßiger Staatsdienst ist, sei es doch im folgenden als Sammelname für die rechtliche Regelung des berufsmäßigen öffentlichen Dienstes überhaupt gebraucht.

---

[1] Vgl. pr. LGemO. v. 3. Juli 91 §§ 122ff.

[2] Hierüber namentlich Rehm in AnnDR. 1884 S. 568ff., 645ff.

[3] Vgl. z. B. pr. Polizeibeamteng. v. 31. Juli 27, bad. Polizeibeamteng. v. 12. Juli 27.

[4] Begründung hierfür im HdbDStR. II S. 29f.; vgl. auch Papke VerwArch. 34 (1929) S. 79ff.

## IV. Beamtenrecht (Recht des berufsmäßigen öffentlichen Dienstes).

**1. Rechtsquellen.** Nach RV. Art. 128^I sind die Grundlagen des Beamtenverhältnisses durch Reichsgesetz zu regeln. Ein umfangreicher Entwurf, der die Verheißung wahr machen soll, ist vor geraumer Zeit aus der Mitte des Reichstags im Reichstag eingebracht worden[1], aber noch nicht verabschiedet. So bleiben vorläufig im wesentlichen nur die Richtlinien und unmittelbar geltenden Vorschriften der Reichsverfassung selbst und die für die einzelnen Arten von Beamten erlassenen Gesetze. Eine Kodifikation des für die Reichsbeamten geltenden Beamtenrechts stellt das Reichsbeamtengesetz vom 17. Mai 1907 dar. Die Rechtsverhältnisse der Wehrmachtsangehörigen regelt das Wehrgesetz vom 23. März 1921. Für die Landesbeamten gelten mindestens so viel Gesetze als es deutsche Länder gibt[2]. Das neueste ist, wenn man bloße Neufassungen älterer Gesetze vernachlässigt, das württembergische vom 21. Januar 1929. In Preußen fehlt ein einheitliches Gesetz, doch enthalten die Disziplinargesetze für die Richter (7. Mai 1851) und die nicht richterlichen Beamten (21. Juli 1852) in Verbindung mit dem 10. Titel des zweiten Teils des ALR. wesentliche Teile des für die Staatsbeamten geltenden Rechts. Dagegen gibt es in Preußen für die Kommunalbeamten ein besonderes Gesetz über deren Anstellung und Versorgung vom 30. Juli 1899. Andere Länder haben das Kommunalbeamtenrecht in die Gemeindeverfassungsgesetze hineingearbeitet. Bedenkt man, daß auch das Recht der Kirchenbeamten (einschließlich der Geistlichen) der evangelischen Landeskirchen eine einheitliche Regelung vermissen läßt, so ist es klar, daß der folgenden Darstellung ein bestimmtes Beamtenrecht als Grundlage dienen muß, wenn wir uns nicht in Einzelheiten verlieren sollen. Wir wählen das Recht der Reichsbeamten, behalten uns aber Ausblicke auf das für andere Beamten geltende Recht vor.

**2. Beginn und Ende des berufsmäßigen Staatsdienstes.** Der berufsmäßige Staatsdienst beginnt mit der Anstellung oder Ernennung, beim Soldaten mit der Aushändigung des Verpflichtungsscheins[3]. Was vorausgeht, sind Vorverhandlungen, während deren sich die Anstellungsbehörde namentlich über die Persönlichkeit des Anzustellenden vergewissert, vor allem auch über die für das in Aussicht genommene Amt vorgeschriebene Befähigung oder Vorbildung. Einen Anspruch auf Anstellung hat niemand. Dies ist auch der formale Grund, mit dem sich die Anstellungsbehörde eines Landes verteidigen kann, wenn sie grundsätzlich die Anstellung eines nicht dem Lande angehörigen Deutschen ablehnt. Denn nach RV. Art 110^II hat jeder Deutsche in jedem Lande des Reichs die gleichen Rechte und Pflichten wie die Angehörigen des Landes selbst. Da aber auch diese kein Recht auf Anstellung haben, paßt die Bestimmung auf die Anstellung im Staatsdienst bei formaler Auslegung überhaupt nicht[4]. Auch der Versorgungsanwärter, d. h. der mit dem Versorgungsschein versehene gediente Soldat oder Schutzpolizeibeamte[5], hat kein subjektives Recht auf Anstellung[6]. Denn wenn auch den Versorgungsanwärtern eine Reihe von Stellen vorbehalten ist und die Eintragung in eine Bewerberliste in bestimmter Reihenfolge nach Möglichkeit Willkür bei der Anstellung ausschalten soll, so sind doch Abweichungen von der Reihenfolge zulässig, „wenn sie durch dienstliche Interessen der Anstellungsbehörden bedingt sind" (AnstGr. § 37^II). Auch die Regel, daß vorbehaltene Stellen nur mit Versorgungsanwärtern besetzt werden dürfen, erleidet Ausnahmen (§ 44^II). Daher steht dem Versorgungsanwärter auch nur die unbefristete formlose Beschwerde im Auf-

[1] Drucksache Nr. 311 der II., Nr. 86 der III., Nr. 24 der IV. Wahlperiode. Hierzu FISCHBACH ZBeamtR. 1 (1928) S. 112ff. u. Forts.

[2] Überblick im HdbDStR. II S. 32.  [3] Wehrges. v. 23. März 1921 § 18^1.

[4] Sachlich könnte sich die Landesbehörde mit dem sinngemäß auf Landesbeamte auszudehnenden Art. 16 RV. verteidigen.

[5] Vgl. Anstellungsgrundsätze v. 16. Juli 30, AusfAnw. v. gl. Tage, RGBl. I S. 234, 245.

[6] HessVGH. 1. Aug. 22, Entsch. 6, 33f.

sichtswege, nicht die förmliche Beschwerde oder gar die Klage zu, „falls er annimmt, daß die Anstellungsgrundsätze zu seinen Ungunsten verletzt worden sind" (§. 60).

Ein Anspruch auf Anstellung ließe sich höchstens dann annehmen, wenn die Anstellungsbehörde die Ernennung bindend zugesagt hat. Doch fehlt hier der gerichtliche Schutz; weder die ordentlichen, noch die Verwaltungsgerichte könnten den Staat zur Anstellung verurteilen, die ordentlichen nicht, da die Streitigkeit dem öffentlichen Rechte angehört, die Verwaltungsgerichte nicht, da ihnen in den meisten Ländern die Zuständigkeit dazu fehlt. Höchstens in den Ländern mit umfassendster Generalklausel, in Hamburg und Bremen, wäre eine derartige Verurteilung des Staates nicht ausgeschlossen. Und doch besteht das Bedürfnis nach gerichtlichem Rechtsschutz. Der als Professor an eine Universität Berufene hat seine Entlassung aus dem bisherigen Staatsdienst genommen und verunglückt, ehe er die neue Ernennungsurkunde in Händen hat. Soll er selbst, soll, falls er gestorben ist, seine Witwe nicht versorgungsberechtigt sein? In gewissen Fällen hilft die Geltendmachung der Amtshaftung, falls sich nämlich die Anstellung ungebührlich verzögerte, oder helfen die Vorschriften über Entschädigung wegen Aufopferung von Rechten (§ 75 Einl. ALR.), falls der Berufene gezwungen war, aus dem alten Dienstverhältnis auszuscheiden oder seinen sonstigen Beruf aufzugeben, ehe er die neue Ernennungsurkunde erhalten konnte. Von solcher positiven Regelung unabhängig muß man aber nach Treu und Glauben annehmen, daß die der Ernennung vorangehenden Vereinbarungen den Staat verpflichten, den zu Ernennenden bis zum Betrage des ihm erwachsenen Schadens auf alle Fälle geldlich so zu behandeln, wie wenn er ernannt worden wäre, und daß hierüber in sinngemäßer Anwendung des Beamtenrechts die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben.

a) Die Anstellung begründet das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis. Die Übertragung eines bestimmten Amtes braucht nicht mit ihr verbunden zu sein. So erhält z. B. der preußische Universitätsprofessor zwei Urkunden: eine Bestallung, durch die er im Namen des Staatsministeriums zum Ordinarius an der seinem Fache entsprechenden Fakultät einer bestimmten Universität ernannt wird, und ein zweites Schreiben, durch das ihm der Unterrichtsminister das durch den Weggang des Professors X erledigte Ordinariat überträgt. Die erste Urkunde enthält die Anstellung oder Ernennung, die zweite die Übertragung des Amtes.

Die Form der Anstellung besteht in der Aushändigung einer Anstellungsurkunde[1]. Doch erinnern wir uns der Rechtsprechung (oben S. 359f.), nach der die Übertragung obrigkeitlicher Gewalt auf einen Privatangestellten diesen ohne weitere Form zum Beamten macht.

Die rechtliche Natur der Anstellung ist uns aus dem Allgemeinen Teile bekannt (S. 251). Sie ist weder Vertrag, noch einseitiger Verwaltungsakt, sondern zweiseitiger Verwaltungsakt in dem Sinne, daß sie zwar, wie jeder Verwaltungsakt, wenigstens die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich hat, daß sie aber doch unwirksam ist, wenn nachgewiesen werden kann, daß es an einer rechtswirksamen Einwilligung des zu Ernennenden fehlt[2]. Dies ist auch die Ansicht der Rechtsprechung. Das Wort „einseitig", das man bisweilen in der Rechtsprechung und in dem von ihr abhängigen Schrifttum findet, ist nicht mehr als ein schmückendes Beiwort, denn die Folgerung, die ohne Einwilligung des zu Ernennenden vollzogene Ernennung für wirksam zu erklären, hat die Rechtsprechung niemals gezogen. Auch wegen der fehlerhaften Anstellung,

---

[1] RBG. § 4[I]. Über die Streitfrage, ob die Aushändigung der Urkunde die Ernennung bewirkt oder nur bezeugt, vgl. PrOVG. 17. Mai 15, Entsch. 69, 215ff. einerseits, RG. III. ZivSen. 20. Febr. 14, JW. 1914 S. 539 andererseits.

[2] Das brem. G. v. 15. Juli 1926 I § 5 verlangt ausdrücklich vorbehaltlose Annahme der Anstellungsurkunde.

namentlich der Anstellung eines der Ehrenrechte für verlustig Erklärten oder der erschlichenen Anstellung, sei auf früher Gesagtes verwiesen[1].

b) Die Übertragung eines Amtes ist im Gegensatze zur Anstellung ein einseitiger Verwaltungsakt. Durch die Einwilligung zur Anstellung hat sich eben der zu Ernennende auch bereit erklärt, sofort oder später ein Amt zu übernehmen. Meist geht Anstellung und Amtsübertragung Hand in Hand. Doch kann die Verwaltung Gründe haben, mit der Amtsübertragung zu warten. So ernennt sie jemand zum Regierungsassessor, behält sich aber seine Verwendung für später vor, sei es, weil keine Stelle frei ist, sei es, weil sie noch abwarten will, wie der vorläufig noch zu seiner weiteren Ausbildung zu Beschäftigende sich bewährt.

Die berühmte Frage nach der Möglichkeit eines Rechts am einmal verliehenen Amte wurde schon an anderer Stelle jedenfalls für die mit Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt verbundenen Ämter verneint (S. 209). Die gewissen Ämtern eigentümliche Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit ihres Inhabers ist vom Gesetze nicht zum Vorteil des Beamten, sondern zum Vorteil der Allgemeinheit angeordnet worden. Solange man also daran festhält, daß rechtliche Willensmacht allein noch nicht das Wesen des subjektiven Rechtes ausmacht, sondern nur, wenn sie dem Willensträger zum eigenen Vorteil verliehen ist, muß ein Recht des Bürgermeisters, des Richters, des Mitglieds der Oberrechnungskammer an ihrem Amte verneint werden.

c) Die Trennbarkeit von Anstellung und Übertragung eines Amtes zeigt sich deutlich bei der Versetzung des Beamten in ein anderes Amt. Die Versetzung ist entweder Strafversetzung oder Versetzung aus dienstlichem Bedürfnis. Von der Strafversetzung später. Die Versetzbarkeit aus dienstlichem Bedürfnis ist bei Reichs- und Staatsbeamten die Regel. „Jeder Reichsbeamte muß sich die Versetzung in ein anderes Amt von nicht geringerem Range und planmäßigem Diensteinkommen unter Vergütung der vorschriftsmäßigen Umzugskosten gefallen lassen, wenn es das dienstliche Bedürfnis erfordert" (§ 23). Die Frage des dienstlichen Bedürfnisses aber ist eine Ermessensfrage, die einer richterlichen Nachprüfung nicht unterliegt[2]. Trotzdem gibt es auch für die Versetzung Rechtsschranken, selbst wenn die Gleichwertigkeit des neuen Amtes an Rang und Diensteinkommen gewahrt ist. Das neue Amt muß dem alten wesensverwandt sein, der Schulrat z. B. darf nicht zum Baurat gemacht werden, denn seine freiwillige Unterwerfung unter die Diensthoheit des Staates ging nicht so weit, daß er auch diese Wandlung seines Berufs mit in den Kauf nahm. Für das Kommunalbeamtenrecht, und damit sinngemäß für das Beamtenrecht überhaupt, hat das preußische OVG. außerdem ausgesprochen, daß sich der Beamte nicht eine Herabminderung seiner sozialen Stellung gefallen zu lassen brauche[3].

Von dieser trotz allem leichten Versetzbarkeit gibt es aber wichtige Ausnahmen. Bei Bürgermeistern, Magistratsmitgliedern, Landeshauptleuten ist die Versetzung nach der Natur der Ämter ausgeschlossen, da diese Beamten keinem andern Kommunalverbande aufgedrängt werden können, innerhalb des eigenen Verbandes aber eine gleichwertige Versetzung unmöglich ist. Für Universitätsprofessoren schließt das preußische Gesetz vom 21. Juli 1852 die Versetzbarkeit ausdrücklich aus (§§ 96, 87[1]). Die bekannteste Gruppe der grundsätzlich unversetzbaren Beamten bilden die Richter. Sie können nach RV. Art. 104[1] wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, in eine andere Stelle versetzt werden. Wichtig dabei ist vor allem die Notwendigkeit einer ge-

[1] Vgl. oben S. 167f., 284.

[2] Vgl. oben S. 30 N. 2; ferner RDiszH. 24. Nov. 77, Schulze-Simons Rechtspr. 1926 S. 96ff.; HansOLG. 19. Dez. 23, HansRZ. 1924 Sp. 709ff.

[3] PrOVG. 20. Febr. 12 u. 20. Dez. 21, Entsch. 61, 433ff. u. 77, 523ff.

richtlichen Entscheidung, in Preußen des beim Kammergericht gebildeten Großen Disziplinarsenats. Denn die sachlichen Voraussetzungen der Versetzung lassen auch hier dem Ermessen einen großen Spielraum. Nach § 51 des preußischen Richterdisziplinargesetzes vom 7. Mai 1851 kann die Versetzung, „außer dem Falle, wenn sie durch Veränderungen in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke nötig wird, nur geschehen, wenn sie durch das Interesse der Rechtspflege dringend geboten ist". Nur die Richter des Reichsgerichts sind schlechthin unversetzbar.

d) Die Versetzung besteht in der Entziehung des alten und der Übertragung eines anderen Amtes. Fällt das zweite Stück dieses einheitlichen Aktes weg, so haben wir die dem Beamtenrechte wohlbekannte Einrichtung der Amtsentziehung. Sie kommt in doppelter Form vor: als einstweilige Versetzung in den Ruhestand und als vorläufige Dienstenthebung oder Suspension vom Amte.

Die einstweilige Versetzung in den Ruhestand, wegen des dem Beamten zu zahlenden Wartegeldes auch Versetzung in den Wartestand genannt, ist die Form, in der sich der Staat der bei einer Behördenumbildung überflüssig werdenden Beamten entledigt (RBG. § 24). Voraussetzung ist aber, daß das vom Beamten verwaltete Amt aufhört zu bestehen[1]. Außerdem können die sogenannten politischen Beamten jederzeit in den Wartestand versetzt werden, im Reiche z. B. die Staatssekretäre und Gesandten (§ 25), in Preußen z. B. die Oberpräsidenten, Regierungspräsidenten, Landräte, Staatsanwälte[2]. Der Grund leuchtet ein; die Regierung kann sich nicht der Gefahr aussetzen, ihre Absichten durch Beamte durchkreuzt zu sehen, die es nicht verstehen, sich innerlich dem Willen der Regierung unterzuordnen. Die einstweilig in den Ruhestand versetzten Reichsbeamten sind zur Annahme eines ihnen übertragenen Reichsamts ebenso verpflichtet, wie wenn sie in dieses Amt unmittelbar versetzt worden wären (§ 28). Dafür erhalten sie ein Wartegeld in Höhe von 40 bis 80 vom Hundert ihres ruhegehaltsfähigen Diensteinkommens (§ 26). Eine Versetzung in den Wartestand größten Stiles ermöglichte neben vielem andern die auf Grund verfassungsdurchbrechender Ermächtigung[3] ergangene Personalabbauverordnung des Reichs vom 27. Oktober 1923, der die Abbauverordnungen der Länder bald folgten.

Die vorläufige Dienstenthebung oder Suspension vom Amte ist die Nebenerscheinung eines Straf- oder Dienststrafverfahrens. Für den Reichsbeamten tritt sie kraft Gesetzes ein, wenn im gerichtlichen Strafverfahren seine Verhaftung beschlossen oder gegen ihn ein noch nicht rechtskräftig gewordenes Urteil erlassen ist, das den Verlust des Amtes kraft Gesetzes nach sich zieht, oder wenn im Disziplinarverfahren eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, die auf Dienstentlassung lautet (§ 125). Außerdem kann die Suspension im Laufe eines gerichtlichen Straf- oder förmlichen Disziplinarverfahrens verfügt werden (§ 127). Die Suspension hat in beiden Fällen die vorläufige Kürzung des Diensteinkommens des Beamten um die Hälfte zur Folge; das Zurückbehaltene wird im Falle der Freisprechung vollständig nachgezahlt (§ 130$^{\mathrm{I}}$). Der suspendierte Beamte bleibt Beamter, nur daß es ihm versagt ist, sein Amt weiter zu versehen; die allgemeinen Pflichten, z. B. die Residenzpflicht, gelten für ihn nicht anders als für den aktiven Beamten[4].

Die einstweilige Versetzung in den Ruhestand und die vorläufige Dienstenthebung sind scharf umrissene, mit gewissen, dem Beamten nachteiligen Folgen ausgestattete Rechtseinrichtungen. Es fragt sich, ob es der vorgesetzten Behörde verwehrt ist, einen Beamten einfach durch Zwangsbeurlaubung kaltzustellen, ohne vermögensrechtliche Nachteile für ihn. Wir haben die Frage schon an anderer

[1] Vgl. hierzu HansOLG. 18. Juni 24, HansRZ. 1924 Sp. 790ff.; RG. III 12. Okt. 28 u. 9. Apr. 29, RGZ. 122, 113ff. u. 124, 155ff.

[2] VO. v. 26. Febr. 19.

[3] Ohne solche Ermächtigung des Reiches sind derartige Abbaumaßnahmen unzulässig; RG. III 20. Juni 30, RGZ. 129, 236ff. (thür. Ermächtigungsgesetz).

[4] RG. III 16. März 26, RGZ. 113, 143ff.

Stelle (S. 209) bejaht. Man denke an einen Beamten, dessen Sohn Angeklagter in einem großen politischen Mordprozesse ist. Vernünftigerweise wird er einen ihm angetragenen Urlaub mit Freuden annehmen. Wenn er aber nicht will, was dann? Hier hilft die Erkenntnis, daß der Beamte kraft seiner Pflicht zur Treue gehalten ist, dem Staate keine Ungelegenheiten zu bereiten; die vorgesetzte Behörde untersagt ihm daher einfach jede weitere Amtstätigkeit. Wie sie sich mit dem Rechnungshof oder der Oberrechnungskammer wegen dieser Maßregel auseinandersetzt, bleibt ihr überlassen; der Beamte jedenfalls kann nicht behaupten, daß ihm Unrecht geschehen sei.

e) Die Beendigung des Dienstverhältnisses tritt entweder kraft Gesetzes oder kraft eines zweiseitigen oder kraft eines einseitigen Verwaltungsaktes ein.

*α) Gesetzliche Endigungsgründe* sind Zeitablauf, strafgerichtliches Urteil und Erreichung der gesetzlichen Altersgrenze, von der selbstverständlichen Endigung durch den Tod und der seltenen kraft Unvereinbarkeit[1] zu schweigen. Durch Zeitablauf endigt z. B. das Dienstverhältnis der nicht wiedergewählten Kommunalbeamten, so des Bürgermeisters oder der Magistratsmitglieder. Strafgerichtliche Urteile, die das Dienstverhältnis kraft Gesetzes beendigen, sind solche, die auf Zuchthaus, Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter lauten[2]. Nach preußischem Recht ziehen außerdem die Todesstrafe, eine Freiheitsstrafe von längerer als einjähriger Dauer und die Stellung unter Polizeiaufsicht den Verlust des Amtes und damit der Dienststellung von selbst nach sich, ohne daß darauf besonders erkannt wird[3]. Die Einführung gesetzlicher Altersgrenzen sieht die Reichsverfassung für Richter vor (Art. $104^{I}$). Offenbarer Zweck der Bestimmung war, damit eine sofort wirksame Möglichkeit für die Gesetzgebung zu schaffen, also eine Bestimmung, die kräftiger sein sollte als die andere über den Schutz wohlerworbener Beamtenrechte (Art. $129^{I}$). Daher waren die bald nach Verabschiedung der Reichsverfassung von den Ländern erlassenen Altersgrenzengesetze sofort anwendbar[4]. Durch die Personalabbauverordnung hat auch das Reich für seine Beamten eine Altersgrenze eingeführt, von 65 Jahren für die meisten Beamten, von 68 Jahren für die Mitglieder des Reichsgerichts, des Reichsfinanzhofs und des Rechnungshofs des Deutschen Reichs[5].

*β)* Kraft *zweiseitigen Verwaltungsakts* (vgl. S. 250ff.) endigt das Dienstverhältnis bei der Entlassung auf Antrag und der Zurruhesetzung auf Antrag. Der Antrag auf Entlassung kann jederzeit gestellt werden und verpflichtet die zuständige Behörde, ihm stattzugeben[6]. Man nimmt eben an, daß ein Beamter, der gezwungen wird, im Dienste zu bleiben, kein guter Beamter sein wird. Doch gilt die Regel,

[1] Vgl. z. B. RHaushO. § 123, auch RMinisterG. v. 27. März 1930 § $16^{I}$.

[2] StGB. §§ 31, 33, 35, 319.

[3] Pr. G. v. 21. Juli 52 § 7. Zu Unrecht leugnet das RG. im vielbesprochenen Falle Jagow (RG. III 23. März 28, RGZ. 120, 337ff.) die Weitergeltung dieser Bestimmung dann, wenn das Strafgericht auf Amtsverlust hätte erkennen können, z. B. nach § $81^{III}$ StGB., aber nicht erkannt hat. Strafrecht und Beamtenrecht liefen von jeher in Preußen nebeneinander her. Der gleiche Gesetzgeber, der das preußische StGB. vom 14. April 1851 erließ, ist im Disziplinargesetz vom 21. Juli 1852, ebenso wie schon in der VO. vom 11. Juli 1849, über die Amtsverlustgründe des Strafrechts bewußt hinausgegangen, also, wie man sagen kann, mit Duldung des Strafgesetzgebers. An dieser Rechtslage hat das dem preußischen nachgebildete StGB. f. d. Nordd. Bund ebensowenig geändert wie an den landesgesetzlichen Aufenthaltsbeschränkungen bestrafter Personen (s. unten S. 480f.). Gegen das RG. auch PrDiszH.-NichtrichtB. 2. Dez. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 183; PrFinMin., auch für MnPräs. u. StaatsMin., 12. März 30, FinMinBl. S. 41f. — Über die Rechte der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen früheren Beamten SCHNEIDER Stusev. 1928 S. 331f.; über den Einfluß von Amnestien auf noch nicht rechtskräftige Urteile RG. III 4. Febr. 21, RGZ. 101, 255f.

[4] RG. III 14. März 22, RGZ. 104, 58ff., 66ff. [5] VO. v. 27. Okt. 23 Art. 1 VI.

[6] Über die Treuepflicht der Behörde bei Beurteilung von Entlassungsanträgen oben S. 358.

daß der Beamte nicht zur Unzeit aus dem Dienste ausscheiden kann[1]. Eine weitere Einschränkung enthält § 95 II 10 ALR., wonach dem Beamten die Entlassung ganz allgemein versagt werden kann, „wenn daraus ein erheblicher Nachteil für das gemeine Beste zu besorgen ist". Als die Assessoren kurz nach dem Kriege zur Industrie drängten, machte die Justizverwaltung von dieser alten Bestimmung Gebrauch. Die Entlassung auf Antrag hat den Verlust jeglichen Gehalts- oder Versorgungsanspruchs zur Folge[2], wenn nicht etwa vergleichsweise eine Abfindungssumme vereinbart wird, den Amtstitel kann aber der Beamte mit dem Zusatze „a. D." weiterführen[3]. Nur die Minister sind geldlich besser gestellt. Nach dem Reichsministergesetz vom 27. März 1930 erhalten Reichsminister nach ihrer Entlassung je nach der von ihnen als Reichsminister zurückgelegten Dienstzeit sechs Monate bis fünf Jahre, über fünzig Jahre alte Reichsminister unter Umständen noch länger, Übergangsgeld. Waren sie vor ihrer Ministerschaft Beamte, so erhalten sie auch ohne Dienstunfähigkeit lebenslänglich das höchste Ruhegehalt ihrer alten Besoldungsgruppe, müssen sich aber das Übergangsgeld anrechnen lassen. Ähnliche Regelungen haben die Länder für ihre Minister getroffen.

Der Antrag auf Versetzung in den Ruhestand setzt eine Dienstzeit von wenigstens zehn Jahren und Dienstunfähigkeit des Antragstellers voraus, doch sieht das Gesetz eine Reihe von Milderungen vor, so erhöhte Anrechnung der Kriegsdienstjahre, Wegfall der Zehnjahrefrist bei Dienstbeschädigungen, kein Erfordernis der Dienstunfähigkeit bei Vollendung des 65. Lebensjahres (RBG. §§ 34ff., 45ff.). Beim Offizier genügt schon, daß „er nach dem Urteil seiner Vorgesetzten die für seine dienstliche Verwendung nötige Befähigung nicht mehr besitzt" (WehrG. § 26$^{\text{Ib}}$). Auch die auf den Antrag folgende Versetzung in den Ruhestand beendigt das Dienstverhältnis, doch steht dem ausscheidenden Beamten ein Anspruch auf lebenslängliches Ruhegehalt, seinen Angehörigen später ein Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung zu. Den Amtstitel führt der Beamte auch hier weiter, sei es mit dem Zusatze „a. D." oder mit dem Zusatze „i. R.". Die Entlassung auf Antrag und die Zurruhesetzung auf Antrag sind, abgesehen vom Anspruch auf Ruhegehalt, miteinander so verwandt, daß das Wehrgesetz beide Fälle unterschiedslos als „Entlassung" bezeichnet[4].

*γ) Auch die einseitige Entlassung* ist entweder mit einem Ruhegehaltsanspruch verbunden oder nicht.

Die Zwangsversetzung in den Ruhestand wird eingeleitet, wenn der dauernd dienstunfähige Beamte keinen Antrag auf Zurruhesetzung stellt. Das Verfahren ist genau geregelt, namentlich dafür gesorgt, daß der Beamte mit seinen Einwendungen gehört wird (RBG. §§ 62ff.). Obgleich die Frage der Dienstunfähigkeit keine Ermessensfrage ist, denken wenige Gesetze so rechtsstaatlich, daß sie gegen jede Zwangsversetzung in den Ruhestand die verwaltungsgerichtliche Klage zulassen. Bayern und Hessen machen eine rühmliche Ausnahme[5]. Für Kommunalbeamte ist der Verwaltungsrechtsweg auch in Preußen geöffnet[6]. Bei Reichsbeamten und preußischen Staatsbeamten treten die Disziplinargerichte als Zurruhesetzungsgerichte wenigstens dann in Tätigkeit, wenn der Beamte noch kein Ruhegehalt erdient hat[7]. Nach Art der Versetzung in den Ruhestand ist auch die Entlassung der Offiziere wegen Ungeeignetheit gestaltet[8].

Einseitige Entlassung ohne Gewährung von Ruhegehalt kommt,

---

[1] Nach thür. StBG. v. 14. März 23/13. Dez. 30 z. B. kann verlangt werden, daß der Beamte noch drei Monate im Amte verbleibe (§ 63$^{\text{I}}$).

[2] RG. III 16. Dez. 30, RGZ. 131, 87ff.

[3] Anders z. B. thür. StBG. § 66.

[4] WehrG. § 26; dazu Wehrmachtversorgungsges., Bek. v. 19. Sept. 25, § 31.

[5] Bay. G. v. 10. Juli 27 Art. 1 IV; hess. G. v. 18. Dez. 23 Art. 31.

[6] Z. B. ZustG. § 20 Ziff. 3$^{\text{II}}$.

[7] RBG. § 68$^{\text{I}}$, pr. G. v. 21. Juli 52 § 93$^{\text{I}}$.

[8] WehrmachtversorgG. § 31.

außer dem soeben besprochenen Falle des noch nicht erdienten Ruhegehalts, in zwei Formen vor: als Kündigung und als Entfernung aus dem Amte.

Kündigungsbeamte sind nach der RV. außer bei den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Art. 104[I]) zulässig. Denn „die Anstellung der Beamten erfolgt auf Lebenszeit, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist" (Art. 129[I]). Das RBG. sieht solche auf Probe, Kündigung oder sonst auf Widerruf angestellte Beamten ausdrücklich vor (§ 32), doch muß der Kündigungsvorbehalt, wenn er nicht allgemein durch Gesetz festgelegt ist, bei der Anstellung zum Ausdruck kommen[1]. Auch der Widerruf ist eine Kündigung, allerdings eine fristlose. An sich könnte ein Land kraft Landesgesetzes sogar alle Verwaltungsbeamten auf Kündigung anstellen, nur darf es nach RV. Art. 128[II] die Kündigungsklausel nicht ausschließlich gegen die Frauen richten. Die Kündigung steht im Ermessen der zuständigen Behörde auch in dem Sinne, daß sie das förmliche Zurruhesetzungsverfahren vorziehen kann, wenn sie sich eines Kündigungsbeamten entledigen will[2].

Zur Entlassung des auf Lebenszeit angestellten Beamten bedarf es eines förmlichen Dienststrafverfahrens (Disziplinarverfahrens). „Der Entfernung aus dem Amte muß ein förmliches Disziplinarverfahren vorhergehen" (RBG. § 84[I]). „Entfernung aus dem Amte" bedeutet aber neben Strafversetzung soviel wie Dienstentlassung (§ 75). Diese hat Verlust des Titels[3] und des Ruhegehaltsanspruchs von Rechts wegen zur Folge. Doch kann die entscheidende Behörde in milde zu beurteilenden Fällen bei Entlassung eines an sich ruhegehaltsberechtigten Beamten bestimmen, daß ihm ein Teil des gesetzlichen Ruhegehalts auf Lebenszeit oder auf gewisse Jahre zu belassen sei. Eine neuere Entscheidung des Reichsdisziplinarhofs hat der ganz vernünftigen Handhabung der Bestimmung dahin, daß dem Entlassenen auch von einem gewissen Lebensjahre an Ruhegehalt zugebilligt werden kann, einen Riegel vorgeschoben[4].

Hemmend auf jede einseitige Entlassung ohne Gewährung von Ruhegehalt wirkt bei allen Beamten[5], deren Jahresbezüge 8400 RM nicht übersteigen, § 18 des Angestelltenversicherungsgesetzes vom 28. Mai 1924. Wird nämlich ein solcher Beamter ohne Gewährung eines Versorgungsanspruchs entlassen, so sind für die Zeit des aktiven Dienstes Beitragsmarken zu verwenden, wie wenn er während der ganzen Dienstzeit versicherungspflichtig gewesen wäre. Dies bedeutet eine Belastung des Staates oder sonstigen Dienstherrn bis zu 360 RM für jedes Dienstjahr.

**3. Pflichten der Beamten.** Wenn der Beamte als Staatsbediensteter zur Besorgung von Geschäften, zum Gehorsam und zur Treue verpflichtet ist, so kann das Gesetz diese Pflichten entweder selbst näher umschreiben oder einen Dienstbefehl bestimmen lassen, was der Beamte tun soll.

a) Die gesetzliche Festlegung der Pflichten des Beamten beginnt im RBG. mit dem Satze, daß jeder Reichsbeamte die Verpflichtung habe, „das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen" (§ 10). Durch Gesetz vom 21. Juli 1922 wurde ihm außerdem zur Pflicht gemacht, in seiner amtlichen Tätigkeit für die verfassungsmäßige republikanische Staatsform einzutreten und alles zu unterlassen, was mit seiner Stellung als Beamter der Republik nicht zu vereinen ist (§§ 10a, 10b).

---

[1] RG. III 27. Jan. 28, RGZ. 120, 63ff. [2] PrOVG. 25. Juni 23, Entsch. 78, 458ff.

[3] Auch mit dem Zusatz „a. D." oder „i. R."; der Zusatz „früher . . ." ist gestattet: OLG. Königsberg 3. Apr. 30, ZBeamtR. 2 (1930) S. 195f.

[4] RDiszH. 11. Mai 26, JW. 1926 S. 2199f.; ebenso PrDiszHNichtrichtB. 29. März 26, PrVerwBl. 48 (1927) S. 177f. Zu der Frage Zeiler JW. 1926 S. 2422f.

[5] And. Ans. Eylert, RVerwBl. 52 (1931) S. 313f., der ohne überzeugende Begründung die Vorschrift nur für Angestellte gelten lassen will.

Mit der Verpflichtung des Beamten zum achtungswürdigen Verhalten verweist das Gesetz auf die lebendigen Anschauungen der Beamtenschaft selbst, und die Dienststrafgerichte sollen getreue Künder dieser herrschenden Anschauungen sein. Man findet daher die reichste Deutung jener Pflicht in der Rechtsprechung der Dienststrafgerichte oder der als solche tätigen sonstigen Gerichte[1]. So darf der Beamte seine Gesundheit nicht durch unwürdigen Lebenswandel schädigen[2]. Außerehelicher Geschlechtsverkehr ist ihm an sich gestattet, falls die Öffentlichkeit nichts davon weiß[3], aber niemals ehebrecherischer Verkehr[4]; gegen seine Ehefrau, die sich anstößig benimmt, muß er einschreiten[5], mit der Behauptung, er könne seiner Frau nichts befehlen, wird er nicht gehört[6]. Auch Vermögensgefährdung durch Glücksspiel führt zur dienstlichen Ahndung[7]. Eine Streikbefugnis des Beamten, der im Dienste bleiben will, läßt sich schon aus dem Grunde verneinen, weil sie sich nach herrschender Anschauung mit dem achtungswürdigen Verhalten des Beamten nicht verträgt; zudem widerspricht der Beamtenstreik der Pflicht des Beamten zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte[8]. Besonders empfindlich ist die Beamtenethik bei Treulosigkeiten gegenüber dem Vorgesetzten; so ist nicht gestattet die unmittelbare Anzeige angeblich strafbarer Handlungen des Vorgesetzten bei der Staatsanwaltschaft oder auch nur die Einlegung der Beschwerde über ihn bei einer falschen Stelle mit der Absicht, ihm dadurch Unzuträglichkeiten zu bereiten[9]. Auch Rüpelhaftigkeiten gegenüber dem Vorgesetzten werden geahndet, selbst wenn der Beamte als Vertreter des Beamtenausschusses handelte[10]. Wahrhaftigkeit im Dienst ist selbstverständliche Beamtenpflicht[11]. Namentlich gewähren selbst die Weimarer Grundrechte dem Beamten keinen Freibrief für alle möglichen Dienstwidrigkeiten. Allerdings ist auch der Beamte ein Deutscher, „sozusagen“; an dem allen Deutschen ohne Einschränkung gewährten Petitionsrecht nimmt auch er teil (Art. 126), sofern er es nicht durch überscharfe oder bewußt unwahre Ausfälle mißbraucht[12], ebenso an dem Recht, sich bei einem zugelassenen Volksbegehren ohne Rücksicht auf dessen Inhalt einzutragen und beim Volksentscheid abzustimmen[13]. Auch die Freiheit, sich einer selbst staatsverneinenden oder revolutionären Partei anzuschließen, ist ihm angesichts des klaren Wortlauts des Art. $130^{II}$ innerhalb der Grenzen des strafrechtlich allgemein Zulässigen unverwehrt[14]. Aber alles

[1] Die Soldatenpflichten wurden von jeher in einer Art Katechismus zusammengestellt, früher als „Kriegsartikel“, heute als „Berufspflichten des deutschen Soldaten“ bezeichnet (9. Mai 30, HeerVBl. S. 75).

[2] RDiszH. 12. Okt. 14, SCHULZE-SIMONS Rechtspr. 1926 S. 235ff.

[3] RDiszH. 1. Juni 08, a. a. O. S. 252f.

[4] RDiszH. 17. Okt. 81, a. a. O. S.256ff.; PrOVG. 30. Okt. 25, Entsch. 80, 426ff.

[5] RDiszH. 19. Jan. 14, a. a. O. S. 238ff. [6] BayVGH. 11. Apr. 24, Samml. 45, 73ff.

[7] RDiszH. 5. Nov. 83, a. a. O. S. 287f.

[8] Vgl. u. a. PrOVG. 17. Jan. 24, Entsch. 78, 448ff.; RG. IV. ZivSen. 24. Febr. 27, Gruch. 69 (1928) S. 488ff.

[9] PrOVG. 24. Jan. 13 u. 12. Jan. 14, Entsch. 64, 565ff. u. 66, 443ff.

[10] PrOVG. 22. Sept. 21, Entsch. 77, 509ff.; PrOVG. 7. Mai 23, JW. 1924 S. 341f.; PrOVG. 20. Mai 27, PrVerwBl. 49 (1927/28), S. 24f. Vgl. auch RDiszH. 26. Mai 25, SCHULZE-SIMONS S. 162ff. (hämische Bemerkungen); Pr. Min. d. I. 13. Apr. 28, MinBliV. 1928 Sp. 415f. (Pflicht zur gegenseitigen Höflichkeit). [11] PrDiszHNichtrichtB. 19. Dez. 27, DJZ. 1928 Sp. 669.

[12] RDiszH. 22. März 24, JW. 1924 S. 1534f.; 21. Okt. 24, SCHULZE-SIMONS a. a. O. S. 223ff. Vgl. auch PrOVG. 22. Okt. 26, Entsch. 81, 438ff.

[13] So RStGH. 17./19. Dez. 1929, RGZ. 127, 1*ff. im Falle des Gesetzentwurfs „gegen die Versklavung des deutschen Volkes“ (Young-Plan). Hierüber zuletzt SCHOENBORN i. d. Festschr. f. PAPPENHEIM 1931 S. 305ff.

[14] PrOVG. 17. Okt. 21, Entsch. 77, 493ff. Die strafrechtlichen Grenzen betonen insbesondere ANSCHÜTZ und GLOCKNER in ihren am Kopfe des Paragraphen genannten Gutachten. — Ein Problem für sich ist es, ob RV. Art. $130^{II}$ nicht die der Verfassung gesteckten absoluten Grenzen überschreitet. Hierüber mein demnächst im Druck erscheinender Vortrag „Grenzen der Verfassungsgesetzgebung“.

Tun und Lassen, das die RV. nicht unbedingt freigibt, steht unter der den Beamten überallhin begleitenden Pflicht zum achtungswürdigen Verhalten. So wird zwar die Zugehörigkeit zur kommunistischen Partei durch RV. Art. 130^II gedeckt, nicht aber die Betätigung für sie[1] oder gar die Vertretung des persönlichen Parteistandpunkts in einer Sache, in der der Beamte kraft dienstlichen Auftrags einen andern Standpunkt vertreten sollte[2]. Auch die Berufung auf die Meinungsfreiheit nach RV. Art. 118^I nützt hier nichts, da sie dem Deutschen nur innerhalb der Schranken der „Gesetze" zugestanden ist und zu diesen Gesetzen auch die Beamtengesetze gehören[3].

Neben dieser allgemeinen, durch Anschauung und Rechtsprechung näher zu bestimmenden Beamtenpflicht zählt das Gesetz einzelne, klar umrissene Pflichten auf: Pflicht zur Wahrung des Dienstgeheimnisses (RBG. §§ 11, 12^II), zur Einholung der dienstlichen Genehmigung vor Abgabe eines außergerichtlichen Sachverständigengutachtens (§ 12^I), zur Anwesenheit im Amte außer bei Urlaub, Krankheit oder Wahl zum Reichstags- oder Landtagsabgeordneten (§ 14, RV. Art. 39^I), zur Meidung der Übernahme eines Nebenamtes oder einer mit fortlaufender Vergütung verbundenen Nebenbeschäftigung ohne dienstliche Genehmigung (§ 16), zur Weigerung der Annahme von Geschenken oder Belohnungen in Beziehung auf das Amt, es sei denn, daß auch hier dienstliche Genehmigung vorliegt (§ 15^II). Andere Gesetze nennen noch ausdrücklich die Residenzpflicht, d. h. die Pflicht des Beamten zur Ortsanwesenheit[4], die Anzeigepflicht bei Verheiratungen, die sich bei Militärpersonen und bei gewissen Beamten bis zur Genehmigungspflicht steigert[5], ferner die Pflicht, gegen einen selbständigen Gewerbebetrieb der Hausangehörigen vorzugehen[6], die Pflicht des Referendars, in der Ausbildung gehörig fortzuschreiten[7]. Besondere Wichtigkeit hat nach der Umwälzung von 1918 die Pflicht zur Eidesleistung erlangt. Wo der Diensteid nicht Voraussetzung für die Begründung des Dienstverhältnisses ist[8], ist die Weigerung, ihn zu leisten, eine Dienstpflichtverletzung, welche die Dienstentlassung des Beamten rechtfertigt[9].

b) Zu all den genannten Pflichten tritt noch die Pflicht zum Gehorsam, den der Beamte den Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen, den allgemeinen Dienstbefehlen, auch Dienstinstruktionen oder Anweisungen genannt, und Dienstbefehlen im Einzelfall schuldet. Die bekannte Frage, wieweit die Gehorsamspflicht Dienstbefehlen gegenüber reicht, ist im wesentlichen schon mit dem über die Unwirksamkeit von Verwaltungsakten im allgemeinen Gesagten (S. 268ff.) beantwortet. Denn auch der im Einzelfall erlassene Dienstbefehl ist ein Verwaltungsakt, der zwar in der Regel gültig sein wird, aber doch bisweilen an solch schweren Fehlern leiden kann, daß ihm die Verbindlichkeit fehlt, und für die allgemeinen Weisungen gilt entsprechend das Gleiche.

---

[1] PrOVG. 18. Juni 23, Entsch. 78, 445ff. Vgl. auch PrDiszHNichtrichtB. 9. März 31, RVerwBl. 52 (1931) S. 397f.

[2] PrOVG. 16. März 22, PrVerwBl. 43 (1922) S. 442ff.

[3] Daß sich das Wort „allgemeinen" im Art. 118^I durch ein Redaktionsversehen eingeschlichen hat, ist längst erkannt: vgl. meine Besprechung in JW. 1921 S. 1058 u. PrOVG. 26. Sept. 21, Entsch. 77, 519f.; SCHUMACHER Die Redaktionskommission des Verfassungsausschusses 1927 S. 59ff. — Über die ganze Frage vgl. namentlich die Berichte von ROTHENBÜCHER und SMEND und deren Erörterung in VStaatsRL. 4 (1928), ferner VERVIER im ArchÖffR. N. F. 6 (1924) S. 1ff., C. SCHMITT Verfassungslehre 1928 S. 166ff., 181f., W. SCHMIDT Freiheit der Wissenschaft 1929 S. 104f., GÖRRES VerwArch. 34 (1929) S. 267ff.

[4] Z. B. ALR. § 92 II 10, dazu PrOVG. 26. Okt. 16, Entsch. 73, 427ff.

[5] BGB. § 1315, WehrG. v. 23. März 21 § 31b.

[6] Sächs. Staatsdienerges., Fass. v. 18. Febr. 24 § 3.

[7] Nach § 84 des pr. G. v. 21. Juli 52 ist allerdings das mangelnde Fortschreiten in der Ausbildung nur ein Grund zur Entlassung.

[8] Vgl. thür. StBG. v. 14. März 23/13. Dez. 30 § 7^V, bad. BeamtG., Bek. v. 31. März 31, § 7^II.

[9] PrOVG. 10. Nov. 21, Entsch. 77, 495ff.

Verletzung von Formvorschriften kommt kaum in Frage. Doch darf der Beamte dem Bürger gegenüber unter Umständen nur auf Grund eines amtlichen Schreibens vorgehen. So würde der Vollziehungsbeamte den Auftrag zur Pfändung des Steuerschuldners so lange unausgeführt lassen müssen, als er sich nicht schriftlich in seinen Händen befindet (AO. § 307). Der wichtigste Unwirksamkeitsgrund eines Dienstbefehls ist aber die unbedingte Unzulässigkeit des Befehls oder des Befohlenen. Der Grund für die Unzulässigkeit kann der sein, daß dem Befehlenden die Vorgesetzteneigenschaft im Verhältnis zum Befehlsempfänger fehlt. Einfach liegen die Verhältnisse bei der Reichswehr, da auch heute noch jeder Unteroffizier Vorgesetzter eines Mannes, jeder Offizier Vorgesetzter aller Unteroffiziere und Mannschaften ist[1] und auch innerhalb des Offizierkorps allgemeine Überordnungsverhältnisse bestehen. Auch ist es klar, daß der Vorsteher einer in der Behördenordnung übergeordneten Behörde dem Vorsteher der nachgeordneten Behörde Dienstbefehle erteilen kann, z. B. der Reichsfinanzminister dem Präsidenten eines Landesfinanzamts und dieser den Vorstehern der Finanzämter seines Bezirkes. Doch beginnt die Schwierigkeit schon hier, da sowohl die befehlende als auch die nachgeordnete Behörde mit einer Anzahl von Beamten besetzt ist. Ein guter Grundsatz des inneren Verwaltungsbetriebes verbietet, daß sich die vorgesetzte Behörde unmittelbar an einen dem Vorsteher der nachgeordneten Behörde unterstellten Beamten, z. B. einen Obersekretär, wendet, doch würde die Durchbrechung dieses Grundsatzes den Befehl nicht unwirksam machen. Dagegen hat von den Beamten der höheren Behörde nicht jeder Vorgesetzteneigenschaft den Beamten der nachgeordneten Behörde gegenüber. Der Steuerinspektor des Landesfinanzamts kann dem Obersteuersekretär des Finanzamts keine Befehle erteilen, nicht einmal ein Regierungsrat am Landesfinanzamt oder ein Ministerialrat im Reichsfinanzministerium könnte es, wenn ihnen nicht gewisse Geschäfte zur Bearbeitung „in Vertretung" oder „im Auftrage" übertragen sind. Ist die Vorgesetztenfrage geklärt, so kann der Befehl unwirksam sein, weil er ganz aus dem Rahmen des Befehlbaren herausfällt. Dies ist der Fall, wenn der Vorgesetzte den Untergebenen für Privatangelegenheiten verwendet, z. B. ihn Privatbriefe abschreiben läßt; nur kann der Privatbrief unter Umständen die Form sein, in der eine Amtssache erledigt wird. Ebenso ist die Weisung des Regierungsrats an den Amtsgehilfen, ihm aus der gegenüberliegenden Wirtschaft Essen zu holen, dann keine private Angelegenheit, wenn der Regierungsrat den Befehl erteilt, um dringende Amtsgeschäfte beendigen zu können. Eine andere Grenze bildet die Zumutbarkeit[2]. Auch wenn der Achtstundentag für den Beamten nicht gilt, dürfen seine Kräfte doch nicht bis zur Erschöpfung angespannt werden. Ebenso kann sich der Beamte eine seiner Vorbildung unwürdige Arbeit verbitten; der akademisch vorgebildete höhere Beamte braucht sich nicht zum Schreiben von Anschriften oder zu Botengängen herzugeben. Auch Befehle, die mit den Weimarer Grundrechten in Widerspruch stehen, enthalten eine unzulässige Zumutung[3]. Endlich bindet der Befehl einer strafbaren Handlung, z. B. des Eindringens in eine Privatwohnung zur Nachtzeit, des Fahrens mit einem unvorschriftsmäßigen Kraftwagen[4], den Beamten nicht. Die außerordentliche Strenge der militärischen Unterordnung allein erklärt es, daß die Regel hier nur für Befehle gilt, welche die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens, also nicht die einer Übertretung, bezwecken[5].

---

[1] Vgl. RG. IV 21. Okt. 21, RGSt. 56, 208f. [2] Vgl. oben S. 293.

[3] Das oben S. 370f. für die allgemeinen Dienstpflichten Gesagte gilt auch hier. Bedenklich daher und höchstens mit der Lehre von den absoluten Grenzen der Verfassung zu rechtfertigen (oben S. 370 N. 14) das vom preußischen Staatsministerium erlassene Verbot der bloßen Teilnahme an den Organisationen der Nationalsozialisten, PrJustMin. 9. Juli 30, JMBl. S. 220.

[4] RG. I. StrSen. 19. Juni 28, VerkRRdsch. 8 (1929) S. 42f. [5] MilStGB. § 47[2].

Dies sind die wesentlichen Grenzen der Gehorsamspflicht. Ob ein innerhalb des allgemeinen Rahmens sich haltender Befehl im Einzelfalle dem Gesetze entspricht, hat der Beamte nicht zu prüfen, auch nicht, wenn der Befehl Wirkungen nach außen mit sich bringt. Früher glaubte man den Bürger vor gesetzwidrigen Eingriffen der Obrigkeit dadurch schützen zu können, daß man dem Vollzugsbeamten die volle Überprüfung der Dienstbefehle zuwies. Man hat längst erkannt, daß es die verkehrte Welt wäre, wenn der Vollziehungsbeamte die Pfändung unterlassen dürfte, weil nach seiner Ansicht der Steuerbescheid auf eine zu hohe Summe lautet, oder der Polizeibeamte die Festnahme des in Schutzhaft zu Bringenden, weil er ihn für einen harmlosen Menschen hält. Man vergißt eben zu leicht, daß der Staat das große Vorrecht hat, sich irren zu dürfen, daß es aber nicht angeht, die Entscheidung, ob Irrtum vorliegt, der untersten Stelle im Staate zu übertragen, zumal sich doch gerade diese Stelle wieder irren kann.

Und doch gibt es Beamte, die den Dienstbefehl nicht nur auf Innehaltung jener äußersten Grenzen, sondern im ganzen Umfange nachprüfen: die Richter[1] und die ihnen gleichgestellten Mitglieder des Rechnungshofes[2] oder der Oberrechnungskammer[3], sowie in gewissen Grenzen die Mitglieder der Reichs- oder Staatsschuldenverwaltung[4]. Die Richter sind nicht etwa frei von Dienstbefehlen des Justizministers oder des aufsichtführenden OLG.- oder LG.-Präsidenten. Den Anordnungen über Dienststunden, Verschluß der Akten, Gebrauch des Fernsprechers sind auch sie unterworfen. Aber bei Handhabung der Rechtspflege hat ihnen niemand etwas zu sagen. Ja, der Richter entscheidet sogar darüber, ob ein scheinbar reiner Justizverwaltungsbefehl nicht doch vielleicht auch die Rechtspflege berührt. Der Justizminister hat z. B. angeordnet, daß im Beisein des Publikums nicht geraucht werden dürfe oder daß den vor dem Richter Erscheinenden ein Stuhl anzubieten sei. Über diese Anordnung kann sich der Untersuchungsrichter hinwegsetzen, wenn er der Ansicht ist, durch Anbieten einer Zigarre den Angeschuldigten gesprächiger oder durch Stehenlassen gefügiger zu machen. Das Eigentümliche der richterlichen Unabhängigkeit besteht aber weiter darin, daß über die Zulässigkeit einer solchen Abweichung von der Anordnung des Ministers innerhalb der äußersten Grenzen des Vernünftigen der Untersuchungsrichter selbst maßgeblich entscheidet; das etwa angerufene Dienststrafgericht muß ihn freisprechen, wenn es sieht, daß er aus Gründen der Rechtspflege von der Anordnung abwich, selbst wenn es die Auffassung sachlich nicht billigt.

Eine ähnliche Prüfungsbefugnis hat der Universitätslehrer, wenn nach seiner Überzeugung eine Anordnung des Ministers die verfassungsmäßig festgelegte Freiheit der Wissenschaft antastet (RV. Art. 142). Einem Professor kann nicht befohlen werden, die Revolution zu verherrlichen, sich für die Gültigkeit einer Regierungsverordnung einzusetzen, bei Universitätsprüfungen nur einen bestimmten Hundertsatz von Bewerbern bestehen zu lassen. Kein Dienststrafgericht dürfte ihn verurteilen, wenn er aus Überzeugung ungehorsam war[5].

**4. Dienstzwang und Dienststrafe.** Da die Pflichten des Beamten dem öffentlichen Rechte angehören, wäre die Anwendung öffentlichrechtlicher Formen für deren Geltendmachung das Gegebene. Diese Forderung ist aber nur bei der Dienststrafe völlig entwickelt, während der Dienstzwang teilweise bürgerlichrechtliche Formen annimmt.

a) Öffentlichrechtlicher Dienstzwang würde bedeuten, daß die vorgesetzte

[1] RV. Art. 102. [2] RHaushO. § 118. [3] Z. B. pr. G. v. 27. März 72 § 1.

[4] RSchuldenO. v. 13. Febr. 24 §§ 23f., pr. StSchuldenO. v. 12. März 24 § $23^{II}$.

[5] Hierüber die oben S. 371 N. 3 angeführten Berichte und Erörterungen der Münchener Staatsrechtslehrertagung, dann Frhr. Marschall v. Bieberstein Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze 1927 S. 167ff., W. Schmidt, Freiheit der Wissenschaft 1929 S. 126ff.

Behörde mit den üblichen Mitteln des Verwaltungszwanges gegen den säumigen Beamten vorgehen darf.

Dies ist bei der Zwangsvollstreckung aus dem Defektenbeschlusse der Fall, von dem schon im Allgemeinen Teile (S. 345) die Rede war. Zur Vollstreckung bedarf es keines vorgängigen gerichtlichen Urteils.

Auch die Ersatzvornahme ist zuweilen ausdrücklich vorgesehen. So läßt § 69 des badischen Beamtengesetzes (Bek. vom 31. März 1931) die „Beigabe von Geschäftsaushilfe" auf Kosten des säumigen Beamten zu.

Ebenso kommt die Zwangsstrafe im Beamtenrecht vor. So sind die Strafen, die der Rechnungshof des Deutschen Reiches zur Sicherung der Durchführung seiner Verfügungen nach § 102 RHaushO. gegen Reichsbeamte verhängen kann, Zwangsstrafen. Auch das preußische Disziplinargesetz vom 21. Juli 1852 verweist im § 100 auf die, allerdings erst aus andern Gesetzen zu erschließende, Befugnis der Aufsichtsbehörden, „Beamte zur Erfüllung ihrer Pflichten in einzelnen Sachen anzuhalten". Zu denken ist dabei namentlich an § 48 der VO. vom 26. Dezember 1808 und § 132 LVG. Außer der Zwangsstrafe gibt es also auch in Preußen die Ersatzvornahme im Beamtenrecht. Die Schwäche der preußischen Regelung ist nur die, daß nicht alle vorgesetzten Behörden mit jener Zwangsgewalt ausgestattet sind.

Daneben gibt es aber Fälle, in denen sich die vorgesetzte Behörde bequemen muß, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten, sofern es ihr nicht gelingt, durch Aufrechnung oder Zurückbehaltung des Gehalts den Beamten in die Rolle des Klägers zu zwingen, so bei der Rückforderung zuviel gezahlten Gehalts, beim Rückgriff des aus Amtshaftung in Anspruch genommenen Staats gegen den schuldigen Beamten, bei der Geltendmachung der Haftung eines Beamten für Haushaltsüberschreitungen, bei Schadensersatzansprüchen des Staates gegen seine Beamten überhaupt[1].

b) Während der Dienstzwang auf Herbeiführung eines bestimmten Einzelerfolgs abzielt, ist der Zweck der Dienststrafe allgemeiner. Sie ist ein zum Zwecke der Besserung des Dienstes über den Beamten für eine von ihm begangene Dienstwidrigkeit durch Einzelakt verhängtes Übel. Der Dienst kann aber auf dreierlei Weise gebessert werden: durch Besserung des schuldigen Beamten, durch Warnung der übrigen Beamtenschaft und durch Befreiung der Beamtenschaft von dem nicht zu ihr passenden Schuldigen[2].

Durch diesen ihren Zweck unterscheidet sich die Dienststrafe von der kriminellen Strafe, deren Hauptzweck auch heute noch Sühne für begangenes Unrecht ist, und der Zwangsstrafe, die einen bestimmten äußeren Erfolg herbeiführen will. Wegen ihrer Richtung auf die Zukunft hat sie immerhin einige Verwandtschaft mit der letzten. So gilt auch für sie das sog. Opportunitätsprinzip, nur bei rückfälligen Verstößen gegen die Vorschriften zum Schutze der Republik muß auf Dienstentlassung erkannt werden (RBG. § $76^{II}$). Die vorgesetzte Behörde wird den vereinzelten Fehltritt eines tüchtigen Beamten nicht gleich mit Strafen ahnden, namentlich nicht, wenn sie weiß, eine Tasso-Natur vor sich zu haben. Im Heere ist schon manch guter Soldat durch eine plumpe Disziplinarbestrafung verdorben worden. Auch reicht die Dienststrafgewalt nicht über die Dienstzeit hinaus. Da die härteste Dienststrafe in der Dienstentlassung mit Aberkennung von Gehalt, Ruhegehalt und Titel besteht, hat die Verhängung einer Dienststrafe keinen Zweck mehr, wenn sich der Beamte selbst gerichtet, nämlich die Entlassung aus dem Dienste mit Verzicht auf Titel, Gehalt und Ruhegehaltsanspruch[3] nach-

[1] Vgl. z. B. die Fälle RG. III 2. u. 9. Dez. 19, RGZ. 97, 243ff., 263ff. Hierüber und über die rein öffentlichrechtliche Regelung z. B. in Baden und Thüringen oben S. 345 N. 2.

[2] Dies letzte hat GERBER in seiner kritischen Bemerkung ArchÖffR. 57 (1930) S. 81 augenscheinlich übersehen.

[3] Die Frage der Bestrafbarkeit der Ruhestandsbeamten regeln die einzelnen Beamtengesetze verschieden. Vgl. meine Anm. JW. 1929 S. 2333f.

gesucht hat. Das RBG. schreibt daher für diesen Fall die Einstellung des Dienststrafverfahrens vor und untersagt dann auch die Verhängung von Ordnungsstrafen (§ 100)[1]. Immerhin würde die Verhängung einer Geldstrafe für eine im Dienste begangene Verfehlung nach Beendigung des Dienstverhältnisses mit dem Wesen der Dienststrafe verträglich sein, da sie auch dann noch dem an zweiter Stelle genannten Zwecke der Dienststrafe, Warnung der übrigen Beamtenschaft, dienen würde. In einem einzigen Falle rechtfertigt sogar noch eine nach Beendigung des Dienstverhältnisses vorgekommene Verfehlung die Verhängung einer Dienststrafe: der Bruch des Dienstgeheimnisses. Denn die Pflicht zur Wahrung des Dienstgeheimnisses reicht bis zum Tode, überdauert also als einzige Dienstpflicht das aktive Beamtenverhältnis. Folglich kann die Verletzung der Pflicht auch nach Lösung des Dienstverhältnisses vom Gesetz unter Strafe gestellt werden, wie dies in Bayern, Baden, Thüringen tatsächlich der Fall ist[2]. Man darf hier also nicht sagen, die angedrohte Strafe sei nach Lösung des Dienstverhältnisses kriminelle Strafe und gehöre daher notwendig vor die ordentlichen Gerichte. Die mit ihr bezweckte Besserung des Dienstes rechtfertigt die Verhängung durch Dienststrafbehörden auch noch in diesem Grenzfalle.

Eine andere zeitliche Schranke ist der Beginn des Dienstverhältnisses. Nach heute noch im Reiche und in Preußen geltendem Rechte muß die zu ahndende Dienstwidrigkeit in die Zeit nach Begründung des Dienstverhältnisses fallen[3]. Strafbares oder unwürdiges Benehmen vor diesem Zeitpunkt rechtfertigt eine Dienstbestrafung selbst dann nicht, wenn der Beamte sich früher in einem Dienstverhältnis zu einem andern Dienstherrn befunden hatte. Dies schließt nicht aus, daß die Anstellung wegen Erschleichung widerrufen wird, wenn der Anzustellende sein Vorleben arglistig verschwiegen hatte (s. S. 284).

Eine dritte zeitliche Schranke, die Verjährung, kennen die meisten Beamtengesetze nicht, doch verschließt sich auch der Disziplinarrichter nicht der versöhnenden Wirkung der Zeit[4]. Darüber hinaus verbietet z. B. Thüringen die Verhängung einer Dienststrafe wegen einer dienstwidrigen Handlung oder Unterlassung, die mehr als zehn Jahre oder, wenn sie dem Dienstvorgesetzten bekannt war, mehr als drei Jahre zurückliegt. Die Ahndbarkeit militärischer Dienstwidrigkeiten verjährt sogar schon in drei Monaten[5].

Die vom Gesetze zur Verfügung gestellten Dienst- oder Disziplinarstrafen sind die Ordnungsstrafen, zerfallend in Warnung, Verweis und Geldstrafe, und die Entfernung aus dem Amte, bestehend in Strafversetzung, entweder mit Minderung des Diensteinkommens oder verbunden mit einer Geldstrafe, oder in Dienstentlassung (RBG. §§ 73ff.). Die früher bei unteren Beamten vorgekommene Arreststrafe ist nach der Umwälzung verschwunden und findet sich, auch hier gemildert, nur noch in der Reichswehr. Auch die Tage der Strafversetzung scheinen gezählt zu sein; an ihre Stelle wird vermutlich die Strafe der „Gehaltskürzung" treten[6].

Von den Ordnungsstrafen liegt Warnung und Verweis in den Händen eines jeden Dienstvorgesetzten, die Geldstrafe steht nur gewissen höheren und höchsten

[1] Ebenso z. B. thür. StBG. v. 14. Mai 23/13. Dez. 30 § 105.

[2] Bay. BG. v. 16. Aug. 08 Art. 168, bad. BG., Bek. v. 31. März 31, § 118$^{II}$, thür. StBG. § 127$^{I\,2}$.

[3] RDiszH. 29. Nov. 26, DJZ. 1927 Sp. 467; PrDiszHNichtrichtB. 28. Juni 26, PrVerwBl. 48 (1927) S. 71. — Anders z. B. bad. BG. § 76. Dazu BadVGH. 13. Nov. 22, BadVerwZ. 1923 S. 18ff. Vgl. auch HessVGH. 11. Febr. 28, Entsch. 8, 48f.

[4] PrOVG. 23. Nov. 28, Entsch. 83, 443ff.

[5] Thür. StBG. § 79$^{I}$, DiszStrO. f. d. Reichsheer v. 18. Mai 26 § 33$^{I}$, f. d. Reichsmarine v. 22. Mai 26 § 35$^{I}$. Über hierher gehörige Fragen des bayerischen Rechts Braun in BayGemZ. 38 (1928) Sp. 865ff.

[6] Vgl. den — unerledigten — Entw. e. RDienstStrafO., Beschlüsse d. 14. Ausschusses in dritter Lesung, § 2$^{I}$ (RTagsdrucks. III. Wahlper. Nr. 3630).

Behörden zur Verfügung und auch hier abgestuft nach deren Range (RBG. §§ 80f.). Die Unvollkommenheit des Rechtsschutzes gegen die Verhängung von Ordnungsstrafen kommt in den Worten des RBG. zum Ausdruck (§ 83): „Gegen die Verhängung von Ordnungsstrafen findet nur Beschwerde im Instanzenzuge statt.“ Es fehlt also jeder gerichtliche Rechtsschutz. Für die Beamten der Länder gilt, abgesehen von den Richtern, fast durchweg das gleiche [1]. Nur der Kommunalbeamte pflegt gerichtlichen Rechtsschutz auch gegen Ordnungsstrafen zu genießen. Hier wird es dann wichtig, Warnung und Verweis gegen mildere Formen des Tadels abzugrenzen. Der bloße Tadel, die Rüge, der Ausspruch des Mißfallens oder Befremdens ist keine Dienststrafe [2]. Wer gedient hat, erinnert sich noch genau des Unterschiedes zwischen einem „Anpfiff“, der trotz aller Heftigkeit keine Strafe ist, und dem in gemessenen Worten erteilten Verweise, der in das Strafbuch eingetragen wird.

Der Entfernung aus dem Amte dagegen muß immer ein förmliches Dienststrafverfahren vorhergehen. Für Reichsbeamte gibt es zwei gerichtsartig gestaltete Rechtszüge: die Disziplinarkammern und den Disziplinarhof (RBG. §§ 86ff.). Die Disziplinarkammern, deren es z. Zt. 32 gibt, bestehen aus je sieben auf drei Jahre ernannten Mitgliedern. Der Präsident und wenigstens zwei andere Mitglieder müssen Richter sein, die übrigen Mitglieder sonstige Beamte. Die Kammer entscheidet in der Besetzung von fünf Mitgliedern, der Vorsitzende und wenigstens ein Beisitzer sind Richter. Der Disziplinarhof entscheidet nur im zweiten Rechtszuge. Er besteht aus elf Mitgliedern, von denen der Präsident und zwei andere Mitglieder zu den Mitgliedern des Reichsgerichts gehören, zwei weitere Mitglieder Bevollmächtigte zum Reichsrat sein müssen. Die übrigen Mitglieder werden dem Beamtenstande entnommen. Auch hier ernennt der Reichspräsident von drei zu drei Jahren. Bei der Entscheidung wirken nur sieben Mitglieder mit, von denen der Vorsitzende und wenigstens ein Beisitzer zu den richterlichen Mitgliedern gehören müssen. Die Ernennung der Mitglieder der Disziplinarkammern und des Disziplinarhofs auf nur drei Jahre und eine Verminderung der richterlichen Mitglieder ist auf die Gesetzgebung zum Schutze der Republik zurückzuführen [3]. Für die preußischen Staatsbeamten sind die Disziplinarbehörden ähnlich gestaltet, doch entscheidet bei den höheren Verwaltungsbeamten im zweiten Rechtszuge kein Disziplinargericht, sondern seltsamerweise das Staatsministerium, allerdings mit der Einschränkung, daß es die Strafe der Dienstentlassung nicht aussprechen darf, wenn der Disziplinarhof im ersten Rechtszuge auf Freispruch oder nur auf Warnung oder Verweis erkannt hatte [4]. Dagegen steht den Kommunalbeamten immer der Weg zum OVG. offen [5].

Das Verfahren ist dem der StPO. nachgebildet. Auch ein Beamter, der die Obliegenheiten des Staatsanwalts erfüllt, fehlt nicht. Die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens schreibt jetzt RV. Art. $129^{\mathrm{III}}$ vor. Davon abgesehen gilt auch im förmlichen Dienststrafverfahren der Grundsatz „ne bis in idem“. Ist der Beamte wegen einer Urlaubsüberschreitung mit einem Verweise bestraft worden, so darf wegen der gleichen Tatsache kein förmliches Dienststrafverfahren gegen ihn eröffnet werden [6]. Das Verhältnis zwischen Strafurteil und Dienststrafurteil hat das Gesetz meist allein in dem Sinne geregelt, daß das freisprechende Strafurteil ein Dienststrafverfahren nur insofern gestattet, als die dem Strafrichter vorgelegenen Tatsachen „an sich und ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Tatbestande der strafbaren Handlung, welche den Gegenstand der Untersuchung bil-

[1] Unbedeutende Ausnahme im bad. BG., Bek. v. 31 März 31, § $80^{\mathrm{III}\,1}$.
[2] PrOVG. 24. Febr. 16, Entsch. 73, 426f.
[3] RGes. über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik v. 21. Juli 22 Art. I F—H.
[4] G. v. 21. Juli 52 § 46. [5] Z. B. ZustG. §§ 20, 36.
[6] Vgl. PrOVG. 23. Febr. 12, Entsch. 61, 439ff.; RDiszH. 13. Febr. 22, JW. 1922 S. 751f.

dete, ein Dienstvergehen enthalten" (RBG. § 78[1]). Ein Freispruch von der Anklage wegen Ehebruchs hindert also die Eröffnung eines Dienststrafverfahrens wegen Ehebruchs, nicht aber wegen ehewidrigen Verhaltens. Daß die Rechtsprechung damit recht hat, auch dem verurteilenden Strafurteil bindende Wirkung für die Dienststrafbehörde beizulegen, wurde an anderer Stelle nachgewiesen (S. 19f.).

**5. Rechte der Beamten und deren Gewährleistung.** Die Rechte der Beamten gegen den Staat oder den sonstigen Träger öffentlicher Gewalt sind subjektive öffentliche Rechte. Schon im Allgemeinen Teile (S. 209ff.) war von den wohlerworbenen Beamtenrechten die Rede. Es gibt sicher höchststufige Beamtenrechte, d. h. Rechte, die weder Verwaltungsakt noch gewöhnliches Gesetz beseitigen kann. Dies sind eben die wohlerworbenen Rechte der RV. Aber nicht alle subjektiven Rechte der Beamten sind in diesem Sinne höchststufig. Schon die Tatsache, daß wir die Einführung von Altersgrenzengesetzen auch für die im Amte befindlichen Beamten für zulässig erachten (S. 367), nötigt uns zur Bejahung des Vorhandenseins minderstufiger Rechte. So ist die geduldete Befugnis zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung kein wohlerworbenes Recht[1], auch das Recht auf Amtsbezeichnung ist es nicht; das Gesetz kann andere Benennungen einführen und so das Recht auf Führung des alten Titels beseitigen. Dagegen wäre die den Beamten ungünstige Änderung der Rechtsfolgen einer Zurruhesetzung für die im Amte befindlichen Beamten nur durch verfassungsänderndes Reichsgesetz möglich. Für sie könnte also ein gewöhnliches Gesetz nicht die Wartezeit verlängern oder das Verhältnis des Ruhegehalts zum augenblicklich bezogenen aktiven Gehalt herabsetzen.

Die Arten der Beamtenrechte kann man, wie alle Rechte, einteilen in Freiheiten, Mitwirkungsrechte und positive Ansprüche, und wie alle Rechte das Gleichheitsrecht des Art. 109 RV. durchzieht, so ist ein dem Beamtenrechte eigentümliches Ungleichheitsrecht voranzustellen: das Recht auf Rang.

a) Das RBG. verweist wegen des Ranges der Reichsbeamten auf eine zu erlassende Verordnung des Kaisers, jetzt des Reichspräsidenten (§ 17). Über das Wesen des Ranges schweigt das Gesetz. Der mit militärischen Gepflogenheiten Vertraute weiß aber, welche Bedeutung der Rang haben kann. So ist der Rangälteste einer Truppe ohne weiteres deren Vorgesetzter, wenn nicht höherer Befehl etwas anderes bestimmt. Mehr nach der subjektivrechtlichen Seite gewinnt der Rang Wichtigkeit bei feierlichen Aufzügen oder sonstigen amtlichen Festlichkeiten[2]. Vor allem aber hat der Altersrang (Anciennität), wie jeder Universitätslehrer weiß, entscheidende Bedeutung bei der Aufstellung des Vorlesungsverzeichnisses. Angenommen, wir hätten schon überall eine Klage gegen Verletzung eines jeden subjektiven Rechts, so würde sie auch bei Verletzung des Altersranges zulässig sein.

b) Bei den Freiheiten des Beamten kann man seine allgemeine staatsbürgerliche Freiheit und die gesteigerten Freiheiten unterscheiden, die ihm das Beamtenverhältnis verschafft.

Die allgemeine Freiheit des Beamten besteht darin, daß er auch als Beamter eine Sphäre hat, in die der Staat nicht eindringen darf. Die früher (S. 371f.) untersuchte Grenze der staatlichen Befehlsgewalt bedeutet zugleich einen Anspruch des Beamten auf Unterlassung privaten Zwecken dienender oder übermäßiger[3] oder entwürdigender oder Strafbares verlangender Befehle. Die preußische Rechtsprechung gesteht dem Beamten in solchen Fällen als einzigen Rechtsbehelf, wie gezeigt (S. 293), den Ungehorsam zu, mit der Maßgabe allerdings, daß der Beamte

---

[1] ThürOVG. 8. Okt. 30, ThürRdsch. 8 (1930) Sp. 299f.

[2] PrOVG. 21. Juni 28, RVerwBl. 50 (1929) S. 842f. (Vortritt des Landrats vor dem Oberbürgermeister). Vgl. auch RG. III 13. Juli 28, RGZ. 122, 10ff., SächsOVG. 22. Jan. 30, Jahrb. 34, 200f., ThürOVG. 15. Mai 29, Jahrb. 13, 98ff. (unbedingte Unzulässigkeit der Versetzung eines Beamten in ein Amt von geringerem Rang).

[3] Vgl. z. B. RG. III 31. Jan. 22, RGZ. 104, 23ff.

bestraft wird, wenn die Disziplinarbehörde den Ungehorsam für unberechtigt hält[1]. Da die strafende Behörde bei Ordnungsstrafen kein Gericht ist, wenigstens bei Staatsbeamten nicht, sondern womöglich die befehlende Behörde selbst, ist diese Art des Rechtsschutzes offenbar sehr mangelhaft. Doch ist der Beamte auch so noch besser gestellt als der Soldat, der auch übermäßige und in gewissen Grenzen auch entwürdigende und Strafbares verlangende Befehle ausführen muß. Einen verheißungsvollen Ansatz zu einer vollendeteren Form des Rechtsschutzes enthält das thüringische Beamtengesetz wenigstens für den Fall, daß die vorgesetzte Behörde den Dienstbefehl mittels einer Zwangsstrafe durchdrücken will. Der Beamte kann dann die Einleitung eines förmlichen Dienststrafverfahrens mit der Behauptung beantragen, daß ihm die Verzögerung eines Amtsgeschäfts nicht zur Last falle, und auf diese Weise den Streit vor ein Gericht bringen (§ 72$^{VI}$).

Eine gesteigerte Freiheit des Beamten ist seine Befugnis zur Führung der ihm zukommenden Amtsbezeichnung, für einige Beamte auch die Befugnis zum Tragen einer Uniform. Die letztgenannte Befugnis ist vielfach zugleich eine Pflicht[2]. Von der Seite des subjektiven Rechts zeigt sie sich, wenn sie beim Ausscheiden aus dem aktiven Dienst als Berechtigung ausdrücklich verliehen wird[3]. Als Rechtsschutz erscheint auch hier neben dem „Schutz des Strafrichters" (StGB. § 360$^{8}$) der des Disziplinarrichters. Vom Unterschied zwischen Amtsbezeichnung und Ehrentitel war schon früher die Rede (S. 168f.).

Zu den gesteigerten Freiheiten des Beamten oder besser seinen Unterlassungsansprüchen ist endlich auch sein Recht auf allgemeine Dienststellung oder auf seine Dienststellengruppe zu rechnen[4]. Wir sahen, daß es dem Staate nicht freisteht, seine Beamten beliebig zu entlassen, in den Warte-, in den Ruhestand zu versetzen, vorläufig des Amtes zu entheben. Alle dem Staate gesetzten Grenzen, soweit sie im Interesse des Beamten angeordnet sind, bedeuten auch hier zugleich subjektive Rechte des Beamten. Die Erkenntnis ist wichtig für die Handhabung des Art. 129 RV. So hat das Reichsgericht gesetzeskräftig ein bremisches Gesetz für ungültig erklärt, das gewissen Beamten ihr Recht auf allgemeine Dienststellung verkümmerte[5]. Es bedarf wohl kaum wiederholter Betonung, daß das Recht auf allgemeine Dienststellung etwas anderes ist als das von uns jedenfalls für die obrigkeitliche Verwaltung geleugnete Recht auf das Amt. Der Regierungsrat z. B. kann nur verlangen, daß er nicht ohne Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen abgebaut wird. Einen Anspruch auf Verwendung in einem bestimmten Amte hat er nicht[6], einen Anspruch auf Beschäftigung nur in dem Sinne, daß ihn die zuständige Behörde nicht ohne triftigen Grund zwangsbeurlauben darf[7].

c) Bei der Erwähnung von Mitwirkungsrechten des Beamten darf man daher nicht erwarten, das Recht auf Ausübung des Amtes, jedenfalls nicht eines mit obrigkeitlichen Befugnissen verbundenen, darunter zu finden. Zu denken ist vielmehr an die in der RV. verheißenen Beamtenvertretungen, zu denen der Beamte wählt (Art. 130$^{III}$). Gesetze über diese Vertretungen gibt es z. Zt. weder im Reiche noch in Preußen, doch sind Dienstanweisungen darüber vorhanden[8].

d) Der Beamte hat endlich positive Ansprüche gegen den Staat oder sonstigen Dienstherrn.

---

[1] Z. B. PrOVG. 17. Jan. 24, Entsch. 78, 454; vgl. auch OLG. Rostock 25. Sept. 25, MecklZ. 42 (1926) S. 121ff.

[2] Vgl. z. B. PrOVG. 4. Mai 14, Entsch. 67, 458ff.

[3] WehrG. v. 23. März 21 § 30.

[4] Vgl. oben S. 210.

[5] RG. VII 19. Jan. 23, RGZ. 107, 1ff. Ebenso RG. III 20. Juni 30, RGZ. 129, 236ff. (thür. Ermächtigungsgesetz).

[6] Vgl. auch RG. III 3. Mai 18, RGZ. 92, 430ff.

[7] S. oben S. 366f.

[8] Vgl. BRAND Beamtenrecht[3] 1928 S. 116f.; P. MÜLLER Beamtenauschüsse d. RPost[5] 1931.

Der wichtigsten Ansprüche dieser Art, der vermögensrechtlichen, wird unten besonders gedacht. Außerdem gehört zu den positiven Ansprüchen das Recht des Beamten auf Vorlegung seiner Personalausweise zwecks Einsichtnahme[1] nach RV. Art. 129$^{III}$, ferner auf Anhörung vor Eintragung einer ihm ungünstigen Tatsache in den Nachweis. Auch auf Erteilung des jährlichen Urlaubs hat der Beamte nach Maßgabe der Urlaubsordnungen Anspruch. Sonst steht die Erteilung des Urlaubs, namentlich die genaue Bestimmung der Zeit, im freien Ermessen der zuständigen Behörde, nur die Reichstags- und Landtagskandidaten haben einen unbedingten Anspruch auf Gewährung des zur Vorbereitung ihrer Wahl erforderlichen Urlaubs (RV. Art. 39$^{II}$).

**6. Die vermögensrechtlichen Ansprüche insbesondere.** a) Der Beruf des Beamten bringt gewisse Aufwendungen mit sich. Der Staat kann dafür sorgen, daß sie dem Beamten nach Möglichkeit erspart bleiben. Am vollendetsten gelingt ihm dies durch Kasernierung, wie sie im Heere üblich ist. Alle sachlichen Bedürfnisse, auch solche, die nicht nur mit dem Dienste in Zusammenhang stehen, werden hier in Natur befriedigt durch Gewährung von Wohnung, Heizung, Licht, Kleidung, Beköstigung und durch Bereitstellung des Bürobedarfs. Üblicher aber ist die Form der Geldentschädigung. Der Beamte bekommt für Dienstreisen Ersatz der Fahrtkosten, nach einigen Rechten der tatsächlich verauslagten, nach anderen der tarifmäßigen einer bestimmten Wagenklasse[2], außerdem Tagegelder und Übernachtungsgelder nach bestimmten, der Gehaltsstufe des Beamten angepaßten Sätzen. Aufwandsentschädigungen ohne Dienstreisen kommen verhältnismäßig selten vor[3]. Sie werden namentlich solchen Beamten gewährt, die halbamtliche Geselligkeit pflegen müssen, in der inneren Verwaltung dem Minister, den Oberpräsidenten, Regierungspräsidenten, Landräten, dem Polizeipräsidenten in Berlin und dem Präsidenten des OVG. Nach § 36$^{II}$ 1 des Einkommensteuergesetzes sind sie steuerfrei. Besondere Vorschriften gelten endlich für die Erstattung von Umzugskosten.

b) Der Beruf des Beamten bringt aber auch Gefahren mit sich. Einen gewissen Ausgleich schaffen die Beamtengesetze dadurch, daß sie bei Dienstbeschädigungen von der sonst für Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung vorgesehenen zehnjährigen Wartezeit absehen. Daneben gibt es Unfallfürsorgegesetze für Beamte und Personen des Soldatenstandes[4], die aber nur für unfallversicherungspflichtige Betriebe gelten, also nicht für Bürobetriebe. Außerdem erinnern wir uns (oben S. 153) der sinngemäßen Anwendung der Bestimmungen des BGB. über die Verpflichtung des Arbeitgebers, Gefahren für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers nach Möglichkeit abzuwenden (§ 618). Der Beamte, der sich in einem feuchten Dienstzimmer eine dauernde Gesundheitsschädigung geholt hat, kann den Staat ebenso auf Schadensersatz belangen, wie wenn er Privatangestellter wäre[5].

c) Der wichtigste vermögensrechtliche Anspruch des Beamten ist aber der auf Besoldung. Es besteht ein lebhafter Streit darüber, ob die Besoldung den Gegenwert für geleistete Dienste darstelle oder ob sie als Unterhaltsrente aufzufassen sei[6]. Wir haben uns nicht von der praktischen Wichtigkeit des Streites

---

[1] Vgl. hierzu Reichsdisziplinarkammer Berlin I 16. März 25, JW. 1925 S. 1513f.

[2] Der Unterschied ist wichtig für die Frage, ob bei Liquidierung einer höheren als der benutzten Wagenklasse Betrug vorliegt oder nicht.

[3] Vgl. Brand a. a. O. S. 162.

[4] Z. B. RGes. v. 18. Juni 01, pr. G. v. 2. Juni 02. Vgl. ferner Reichsversorgungsgesetz, Fass. v. 16. Dez. 27, das bei Dienstbeschädigungen neben dem Wehrmachtversorgungsgesetz, Fass. v. 19. Sept. 25, gilt.

[5] Hierzu RG. III 8. Febr. u. 12. März 18, RGZ. 92, 178ff. u. 307ff.

[6] Aus der Rechtsprechung vgl. z. B. PrOVG. 17. Apr. 17. Entsch. 72, 231f.; OLG. Naumburg 9. Mai 24, JW. 1924 S. 1542f.; RG. III 11. Okt. 29, HöchstRRspr. 1930 Nr. 341; aus dem Schrifttum Gerber ArchÖffR. 57 (1930) S. 68ff.

überzeugen können, halten aber die Gegenleistungstheorie für die richtigere, da doch eine zu offensichtliche Verwandtschaft zwischen dem Staatsbeamten und dem Staatsangestellten besteht, als daß man diesen als Empfänger einer Gegenleistung, jenen als Empfänger einer Unterhaltsrente bezeichnen dürfte. Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung, die man gerne für die Unterhaltsrententheorie ins Feld führt, kommen auch bei Privatangestellten vor.

Richtunggebend auch für die Besoldungsverhältnisse der Länder und Kommunalverbände war das mit vielfachen Abänderungen bis zum 30. September 1927 in Geltung gewesene Besoldungsgesetz des Reichs vom 30. April 1920. An dessen Stelle ist das Besoldungsgesetz vom 16. Dezember 1927 getreten. Nach Wegfall des Besoldungssperrgesetzes vom 21. Dezember 1920 haben die Länder freie Hand, die Besoldungen ihrer und der Kommunalbeamten anders zu regeln als nach dem reichsrechtlichen Vorbilde. Tatsächlich herrscht aber z. Zt. noch immer große Einheitlichkeit unter den verschiedenen Besoldungsgesetzen; nur Sachsen, Württemberg, Hamburg und Bremen haben sich in der Bezifferung der Besoldungsgruppen neuerdings stark von der Einheitsnorm entfernt. Die Besoldung des aktiven Beamten besteht danach in der Regel aus drei Teilen: Grundgehalt, Wohnungsgeldzuschuß und Kinderzuschlägen. Außerdem sieht das Gesetz für die Wahrnehmung bestimmter Stellen Zulagen vor, dagegen kennt es die Einrichtung eines Teuerungszuschlages nicht mehr. Die Kinderzuschläge sind für alle Beamte gleich hoch bemessen und betragen für jedes Kind bis zum vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahre monatlich zwanzig RM. Der gleiche Betrag kann für Kinder vom vollendeten einundzwanzigsten bis vierundzwanzigsten Lebensjahre im Falle des Bedürfnisses als widerrufliche „Kinderbeihilfe" bewilligt werden. Preußen gibt für das dritte und vierte Kind je fünf, für weitere Kinder je zehn RM mehr. An die Stelle des früher üblichen Frauenzuschlags ist die Regelung getreten, daß der ledige Beamte, der preußische bei jedem Alter, der Reichsbeamte bis zum vollendeten fünfundvierzigsten Lebensjahre, einen geringeren Wohnungsgeldzuschuß erhält als der verheiratete. Der Wohnungsgeldzuschuß richtet sich im übrigen nach dreierlei: der Ortsklasse, der von der Besoldungsgruppe und der Dienstaltersstufe abhängigen Tarifklasse und dem vom zuständigen Minister mit Rücksicht auf die Höhe der gesetzlichen Miete angeordneten Hundertsatz. Bei Einräumung einer Dienstwohnung muß sich der Beamte Abzüge gefallen lassen.

Die Grundgehälter sind nach dem Reichsbesoldungsgesetz entweder aufsteigende Gehälter (mit festen Grundgehaltsätzen) oder — vom Reichsfinanzrat aufwärts — Einzelgehälter. Daneben kennt das preußische Recht noch aufsteigende Gehälter mit Mindestgrundgehaltsätzen, die z. B. für die Hochschullehrer wichtig sind (Gruppen C 3 und 4). Im Mittelpunkte der öffentlichen Erörterungen stehen die Gruppen der aufsteigenden Gehälter mit festen Grundgehaltsätzen, nämlich die mit der höchsten Gehaltsgruppe beginnenden Gruppen 1 bis 12, im Reiche mit den Untergruppen 2a—d, 4a—d, 5a—c, 8a—b, früher, mit der niedersten Gruppe beginnend, als Gruppe I bis XIII bezeichnet, die schon zu einer Art Besoldungsgruppenhysterie geführt haben, da es sehnlicher Wunsch vieler Beamten ist, eine Gruppe höher eingestuft zu werden. Auch für die gesellschaftliche Schichtung sind die zwölf Gruppen von Bedeutung, da die Beamten der Gruppen 9 bis 12 zu den Beamten des unteren, der Gruppen 2d bis 8 zu denen des mittleren und von Gruppe 2c aufwärts zu denen des höheren Dienstes gerechnet werden. Jede von diesen Gruppen ist in Dienstaltersstufen gegliedert. Bei der Ernennung wird der Beamte in der Regel in die unterste Dienstaltersstufe seiner Gruppe eingereiht. Mit dem Dienstantritt beginnt sein vom Pensionsdienstalter wohl zu scheidendes Besoldungsdienstalter. Nach zwei Jahren erreicht er die zweite Dienstaltersstufe, nach zwei weiteren Jahren die dritte, und so fort, bis er das Höchstgehalt seiner Gruppe erreicht hat.

Auf die Gewährung der Dienstalterszulagen haben die planmäßigen Beamten, wenn kein förmliches Dienststrafverfahren oder ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens gegen sie schwebt, einen Rechtsanspruch (BesG. § 4$^{I}$)[1], auf die Einstufung in eine höhere Gruppe dagegen grundsätzlich nicht[2], selbst wenn eine Beamtenart in zwei aufeinander folgenden Gruppen aufgeführt ist.

Grundgehalt, Wohnungsgeldzuschuß der Ortsklasse B und etwa bezogene ruhegehaltsfähige Zulagen bilden die Unterlage für die Berechnung des dem Beamten zustehenden Ruhegehalts[3]. Die Höhe des Ruhegehalts ist außerdem abhängig von der bei der Zurruhesetzung zurückgelegten ruhegehaltsfähigen Dienstzeit. Gewisse vor der planmäßigen Anstellung liegende Staatsdienstzeiten, namentlich der Heeresdienst, müssen, andere können angerechnet werden. Kriegszeiten rechnen ein- und einhalbfach, Kriegsdienst so, daß für jedes Kriegsjahr ein ganzes Jahr dem Pensionsdienstalter hinzugerechnet wird. Erdient ist der Anspruch auf Ruhegehalt erst bei einer ruhegehaltsfähigen Dienstzeit von zehn Jahren, es sei denn, daß Dienstbeschädigung vorliegt. Beim Fehlen dieser Voraussetzung kann trotzdem aus Billigkeitsgründen Ruhegehalt gewährt werden. Die Höhe des Ruhegehalts beträgt nach zehn Jahren ruhegehaltsfähiger Dienstzeit 35 v. H. der ruhegehaltsfähigen Besoldung, steigt nach dem elften Jahre auf 37 v. H. und so fort, bis es nach dem fünfundzwanzigsten Dienstjahre 65 v. H. beträgt, von da an nur noch um 1 v. H. jährlich, bis es nach vollendetem vierzigsten Dienstjahre den Höchstbetrag von 80 v. H. erreicht hat. Ausnahmsweise sieht das Gesetz „Entpflichtungen" mit Belassung des vollen Gehalts vor, so bei den Hochschullehrern[4], die aber, wenn sie sich wirklich zur Ruhe setzen, durch Wegfall der Einnahmen aus den Unterrichtsgebühren vielfach doch nicht besser gestellt sind als die sonstigen Beamten. Das einmal bewilligte Ruhegehalt ändert sich nicht, soweit nicht ein Altruhegehaltsgesetz oder das Besoldungsgesetz die Ruhegehaltsempfänger an der Steigerung der aktiven Gehälter teilnehmen läßt. Kinderzuschläge werden neben dem Ruhegehalt ungekürzt gewährt. Neuere Gesetze sehen eine Verwendung des Ruhegehalts für die Erleichterung der Ansiedelung abgebauter Beamten vor[5].

Das Ruhegehalt wieder bildet die Unterlage für die Berechnung der Hinterbliebenenversorgung[6]. Stirbt der Beamte im Dienst oder als Ruhegehaltsempfänger, so erhalten seine Hinterbliebenen vom ersten des folgenden Monats an noch ein volles Vierteljahr die aktiven Bezüge oder die Ruhegehaltsbezüge als sog. Gnadenvierteljahr, ein veralteter Ausdruck, da ein Rechtsanspruch auf diese Bezüge besteht. Nach Ablauf des Vierteljahrs erhält die Witwe 60 v. H. des vom Verstorbenen erdienten Ruhegehalts als Witwengeld, die Waisen je ein Fünftel, Vollwaisen je ein Drittel des Witwengeldes als Waisengeld. Doch dürfen die Hinterbliebenenbezüge zusammen nicht mehr betragen als das Ruhegehalt, auch hat das Gesetz einen Mindest- und einen Höchstbetrag für das Witwengeld bestimmt, im Reiche sind es unter Vernachlässigung der gegenwärtigen sechsprozentigen Kürzung 648 RM und 8721 RM. Die gesetzlichen Kinderzuschläge werden neben dem Waisengeld in vollem Umfange gewährt, ja über das Waisen-

---

[1] Der aber nach DanzObG. (Pl.) 4. Dez. 30, DanzJMschr. 10 (1931) S. 11ff. kein wohlerworbenes Recht sein soll — ein Irrtum, durch den das Gericht seinen Irrtum über die Unzulässigkeit des Gesetzesvorbehalts (oben S. 210 N. 5) halbwegs gutzumachen sucht.

[2] Ganz vereinzelte Ausnahme im § 33 des Staatsvertrags ü. d. Übergang der Staatseisenbahnen auf das Reich, RGes. v. 30. Apr. 1920.

[3] RBG. § 42, RBesG. § 36.

[4] Neueste Regelungen im sächs. G. v. 19. Juli 27 über die Emeritierung der Professoren an den wissenschaftlichen Hochschulen und im württ. BeamtG. v. 21. Jan. 29 Art. 110ff.

[5] VO. des Reichs v. 11. Febr. 24; pr. G. v. 27. März 24.

[6] RBG. §§ 7ff., 69; BeamtHinterblG. d. Reichs v. 17. Mai 07 (mit Änderungen); PensErgG. v. 21. Dez. 20. Vgl. auch die Texte bei KONRAD Militärversorgungsrecht 1928.

geld hinaus, da Waisengeld nur bis zum 18., die Kinderzuschläge aber bis zum 21. Lebensjahre gewährt werden, als „Kinderbeihilfen" sogar bis zum 24. Lebensjahre gezahlt werden können.

d) Als Gewährleistung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten und, wie man hinzusetzen muß, ihrer Hinterbliebenen[1] ordnet die RV. den gerichtlichen Rechtsschutz an. „Für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten steht der Rechtsweg offen" (Art. 129[I]). Gemeint ist der ordentliche Rechtsweg[2]. Daß für die Versorgungsansprüche der Heeres- und Marineangehörigen und ihrer Hinterbliebenen die Versorgungsgerichte und das Reichsversorgungsgericht zuständig geblieben sind[3], erklärt sich aus der Erwägung, daß der Reichsgesetzgeber mit Verabschiedung der RV. nicht diese erst vor kurzem gebildeten Einrichtungen hat beseitigen wollen[4]. Hiervon abgesehen, muß schließlich immer ein ordentliches Gericht vorhanden sein, das über den vermögensrechtlichen Anspruch des Beamten entscheidet. Doch kann das Gesetz die Anrufung der Gerichte hinauszögern und, wie RBG. § 150, verlangen, daß der Klage die Entscheidung der obersten Reichsbehörde vorhergehen und die Klage binnen sechs Monaten nach Bekanntgabe der Entscheidung jener Behörde erhoben werden muß. Auch ist, wie früher gezeigt (S. 17f.), nach wie vor gültig eine Bestimmung wie RBG. § 155, die lautet: „Die Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Reichsbeamter aus seinem Amte zu entfernen, einstweilig oder definitiv in den Ruhestand zu versetzen oder vorläufig seines Dienstes zu entheben sei, und über die Verhängung von Ordnungsstrafen sind für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend." Doch binden nur die hier ausdrücklich genannten Vorentscheidungen und die in den Besoldungsgesetzen für unüberprüfbar erklärten Festsetzungen des Besoldungsdienstalters[5] und auch sie nur, wenn sie nicht wegen grober Fehlerhaftigkeit, z. B. Unzuständigkeit, nichtig sind[6]. Die Entlassung auf Antrag z. B. und die Kündigung von Kündigungsbeamten oder solchen, die es nach Ansicht der kündigenden Behörde sind, gehören nicht zu den unüberprüfbaren Entscheidungen. Auch die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Höhe des ruhegehaltsfähigen Gehalts bindet die ordentlichen Gerichte nicht[7].

## § 17. Grundzüge des Finanzrechts.

Otto Mayer I S. 315ff., 328ff., 337ff., 348ff., II S. 230ff., 288ff.; Fleiner S. 419ff; G. Meyer-Anschütz S. 869ff.; G. Meyer-Dochow[3] 1910 S. 612ff.

Adolf Wagner Finanzwissenschaft I[3] 1883, II[2] 1890, III 1889, Ergänzungsheft 1896; Lotz Finanzwissenschaft[2] (im Ersch.); von Eheberg Finanzwissenschaft[19] 1922; derselbe Grundriß der Finanzwissenschaft[6] 1930. Handbuch der Finanzwissenschaft, her. von Gerloff und Meisel, I 1926, II 1927, III 1929. — Otto Mayer Finanzwirtschaft und Finanzrecht, im soeben genannten HandbFinW. I S. 86ff.; Waldecker Finanz- und Steuerrecht als juristische Disziplin, FinArch. 34 (1917) S. 155ff.; Stier-Somlo Art. „Finanzrecht", „Finanzverwaltung" im HWBRW. II 1927. — Frhr. von Myrbach-Rheinfeld Finanzrecht (österr.)[2] 1916; Wittschieben Das österr. Finanzrecht I 1926; M. Moye Précis élémentaire de législation finan-

---

[1] SächsOVG. 16. Jan. 24, Jahrb. 28, 68f.

[2] BayVGH. 2. Dez. 21, Samml. 42, 106ff.; SächsOVG. 3. Nov. 23, Jahrb. 27, 292ff.; RG. III 19. Apr. 29, RGZ. 124, 173ff. (Schutzpolizei).

[3] RVersorgGer. 8. Jan. 26, Entsch. 5, 253ff.; RG. III 20. Dez. 27, RGZ. 119, 296ff.

[4] VO. v. 1. Febr. 19 Art. II.

[5] Z. B. RBesG. § 8[II]; dazu RG. III 16. Dez. 21, RGZ. 103, 291ff.

[6] RG. III 23. Jan. 25, RGZ. 110, 103ff.; vgl. auch oben S. 366 N. 1. Diese und andere Vorentscheidungen unterliegen in Ländern mit umfassender Verwaltungsgerichtsbarkeit unter Umständen der Anfechtung vor den Verwaltungsgerichten: SächsOVG. 14. Aug. u. 25. Sept. 29, Jahrb. 34, 84ff., 87f. Vgl. auch oben S. 368 N. 5. In Thüringen macht sich die Neigung des OVG., den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ohne Not einzuschränken, auch hier bemerkbar: ThürOVG. 18. Febr. 31, ThürRdsch. 8 (1931) Sp. 437.

[7] RG. III 5. Dez. 24, RGZ. 109, 284ff.

cière[8] 1926; A. ZORLI Istituzioni di diritto tributario[2] 1915. — LIPPERT Handbuch des internationalen Finanzrechts[2] 1928.

BEHR Der Begriff der Veräußerung im Sinne des Verfassungsrechts, HansRZ. 1925 Sp. 189ff. — S. SCHULTZENSTEIN Das Reichsschuldbuch 1927; DERSELBE Anleiherecht 1929 (Textausg.); DERSELBE Die Reichsschuldenverwaltung 1930. — LABAND Das Budgetrecht n. d. pr. VerfUrk. 1871; DERSELBE StR. d. DR. IV[5] 1914 S. 522ff. und die dort Genannten; JÈZE Allg. Theorie des Budgets (deutsche Ausgabe von NEUMARK) 1927. — R. SCHULZE-E. WAGNER Reichshaushaltsordnung[2] 1926; DIESELBEN Reichskassenordnung 1930; REICHARD Wirtschaftsbestimmungen f. d. Reichsbehörden. Kommentar nebst e. Grundrisse d. Reichshaushaltsrechts 1929; KÜHNEMANN Haushaltsrecht u. Reichsetat 1930; NEUMARK Zur Fortbildung d. Reichshaushaltsrechts, VJSchrSteuFinR. 3 (1929) S. 417ff. TRUMPLER Zur Neuregelung des Haushaltsrechts in den preußischen Großstädten 1930. — R. SCHULZE-E. WAGNER Rechnungslegungsordnung f. d. Reich 1930; BUCHHOLTZ Die pr. Oberrechnungskammer 1927.

NÖLL-FREUND-SURÉN Pr. Kommunalabgabenges.[9] 1931; FRIEDRICHS desgl. 1922; W. MOLL-KREUTER Die preußischen Kommunalabgabengesetze[4] 1927, Nachtr. 1928; LYMPIUS-K. v. ELBE Das Kommunalabgabenges. u. das Kreis- und Provinzialabgabenges. 1930. K. STEPHAN Das kommunale Finanz- und Steuerrecht in Preußen 1926; HAUSSMANN Der Rechtsgrundsatz der Gleichmäßigkeit im pr. KAbgR. 1917. — ZIEGER Thür. Gemeinde- u. Kreisabgabenges. 1929.

Abhandlungen über das Recht der Gebühren von ARNDT VerwArch. 11 (1903) S. 432ff., E. TOEPFER FinArch. 26 (1909) S. 491ff., W. MOLL VerwArch. 18 (1910) S. 155ff., KORMANN PrVerwBl. 34 (1913) S. 393ff., VON COSSEL Pr. Kommunalarchiv 4 (1913) S. 613ff., FRHR. VON MYRBACH FinArch. 34 (1917) S. 1ff., MEISEL HdbFinW. I 1926 S. 396ff. — GERLACH Art. „Gebühren" im WStVR. II; MATTHIAS Art. „Gebühren und Beiträge", „Kanalgebühren und -beiträge", „Verwaltungsgebühren" im HWBKommunalW. II u. IV; STRUTZ Art. „Gebühren" im HWBStW. IV[4]; STORCK Art. „Verwaltungsgebühren" im HWBRW. VI; DOMSCHKE Der Gebührenbegriff 1928. — STOCKEM Das Recht der Gebühren nach dem preuß. KommunalabgG. 1913; W. MOLL Über Gebühren unter bes. Berücks. d. kommunalen Verbände Preußens 1916. — M. HAHN G. ü. staatl. Verwaltungsgebühren[4] 1930; KREUTER-ZACHARIAT Staatl. Verwaltungsgebühren i. Pr., mit Nachträgen, 1925/26; EIFFLER desgl. 1925; E. MICHEL Sächs. Verwaltungskostengesetz 1906; GERN-KARLE Kostenvorschriften f. d. bad. Verwaltungs- u. Gemeindebehörden 1926. — Aufsätze von HELLMUTH ArchÖffR. 56 (1929) S. 94ff. (Postgebühren), HAUPT PrVerwBl. 42 (1921) S. 567ff., 579ff. (Kanalgebühren), FRIEDRICHS RVerwBl. 51 (1930) S. 638ff. (Müllabfuhr u. Kanalisation), STOCKMAYR BayGemZ. 40 (1930) Sp. 721ff. (Elektrizität, Gas, Wasser; Konkurs d. Abnehmers), HALLER WüRV. 15 (1922) S. 84f. (Reinigung d. Ortsstraßen).

ODENKIRCHEN Interessentenbeiträge 1913; MATTHIAS Art. „Beiträge" im HWBKommunalW. I. Über die thüringischen kommunalen Beiträge KNAUTH ThürRdsch. 2 (1924) S. 33ff., 49ff., 89f., ZIEGER ebenda S. 141ff. — Kommentare zu den Fluchtlinien- u. Ortsstraßengesetzen. SASS Heranziehung der Anlieger zu den Straßenbaukosten 1913; SCHULTZENSTEIN Zur Entstehung des Anspruchs auf den Anliegerbeitrag, JW. 1916 S. 1313ff., 1381ff., 1451f., 1511f., 1565ff.; BRAUN Über die Reformbedürftigkeit der Straßenanliegerbeiträge, PrGemZtg. 21 (1928) S. 434f., 447ff.; E. ISAY desgl., „Das Grundeigentum" 49 (1930) S. 229ff. — Über die Anliegerbeiträge in Bayern und der Pfalz REHM AnnDR. 1895 S. 50ff., BRÄUER ArchÖffR. 21 (1906) S. 523ff., in Württemberg GÖBEL WüRV. 24 (1931) S. 1ff., in Thüringen ZIEGER ThürRdsch. 8 (1930) Sp. 315ff., in Mecklenburg-Schwerin GISCHKOW MecklZ. 46 (1929/30) Sp. 233ff. — MIROW Recht d. Gemeinden z. Erh. v. Beitr. f. d. Unterh. d. Berufsschulen, RVerwBl. 49 (1928) S. 551ff.; ERWIN JACOBI Die Leipziger Meßamtsbeiträge, FischersZ. 55 (1923) S. 1ff. — J. KOHLER Die Kurtaxe 1902; KOEHNE Das Recht der Kurtaxe 1912; DERSELBE Art. „Kurtaxe" im WStVR. II. Den gleichen Gegenstand behandeln Aufsätze von HEGELMAIER WürttZ. 45 (1903) S. 81ff., FRHR. VON EBNER BlAdmPr. 56 (1906) S. 105ff., FRHR. VON WELSER ebenda S. 304ff., LAUE RVerwBl. 51 (1930) S. 450ff., 702ff. (Reichskurortgesetz).

DORA SCHMIDT Nichtfiskalische Zwecke der Besteuerung 1926; K. BRÄUER Finanzsteuern, Zwecksteuern und Zweckzuwendung von Steuererträgen 1928. — A. HENSEL Steuerrecht[2] 1927 (in dieser Enzyklopädie); H. MIRBT Grundriß des deutschen und preußischen Steuerrechts 1926; BÜHLER Lehrbuch des Steuerrechts I 1927. — BALL Einführung in das Steuerrecht[4] 1927; WALDECKER Deutsches Steuerrecht 1924; FRIEDRICHS Grundzüge des Steuerrechts im Reich und in Preußen 1925; v. PISTORIUS Unser Steuerrecht[2] I 1928, II 1929. — WALTHER MERK RG. u. Steuerrecht, in O. SCHREIBER Die RGPraxis IV 1929 S. 73ff.

Kommentare zur Reichsabgabenordnung von ENNO BECKER[7] 1930, MROZEK[3] 1924, C. BECHER[3] 1930, SPOHR 1930 (Nachtr. 1931, Nebengesetze 1931). Über die Bedeutung der NotVO. v. 1. Dez. 1930 f. d. AO. E. BECKER in Steuer u. Wirtschaft 10 (1931) S. 37ff. — GALLASCH Das Danziger Steuergrundgesetz v. 11. Dez. 22 (1926). — FR. SCHNEIDER Das Abgabengewaltverhältnis 1918; SCHRANIL Steuerpflicht, Steuerlast, Steuerschuld, FinArch. 37 (1920) S. 1ff.; DERSELBE Schuld und Haftung bei den direkten Steuern, ArchÖff.R. 39 (1920) S. 164ff.; DERSELBE Besteuerungsrecht und Steueranspruch 1925; NAWIASKY Steuerrechtliche Grundfragen 1926; DERSELBE in VJSchrSteuFinR. 2 (1928) S. 442ff.; WILH. MERK Steuerschuldrecht 1926; A. HENSEL und BÜHLER Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen

Rechts, VStaatsRL. 3 (1927) S. 63ff.; H. MIRBT Beiträge zur Lehre vom Steuerschuldverhältnis, FinArch. 44 (1927) S. 1ff. NIEMANN Der Steuerverwaltungsakt, VJSchrSteuFinR. 4 (1930) S. 173ff. (auch selbständig ersch.); KLODT Der Finanzbefehl, ebenda 3 (1929) S. 121ff.

A. HENSEL Der Finanzausgleich im Bundesstaat 1922; Kommentare zum Finanzausgleichsgesetz von MARKULL 1923 (Nachtr. 1924), F. W. KOCH 1931. — POPITZ, KNORR u. a. Finanzausgleichsprobleme 1927; POPITZ Der Finanzausgleich und seine Bedeutung für die Finanzlage des Reichs usw. 1930. — F. W. KOCH Landesfinanzausgleich in Preußen, Bayern und Sachsen, mit Nachweis d. Gesetze f. d. übr. Länder 1928; SURÉN Preuß. Finanzausgleich 1927, Nachtr. 1928, 1931.

Als umfassende Textausgaben zum Reichssteuerrecht sind zu nennen BÜHLER Die gesamten Reichssteuergesetze[5], mit Anhang: Pr. Steuergesetze 1930 (Nachtr. 1930/31), WILH. MERK Reichssteuergesetze 1928, KOCH Die gesamten Reichssteuergesetze[2] 1930 (mit Nachträgen 1930/31), v. MANTEY-KEMNITZ Reichssteuergesetze, m. Nachtr. (1930/31), TRAUTVETTER Die Verbrauchssteuergesetze[2] (mit Erläuterungen) 1926, ferner als Quellensammlung zum Zoll- und Verbrauchssteuerrecht: Zoll- und Steuerbibliothek, von TROJE-DÜFFE, und EDLEFSEN Leitbücher für Zoll- und Verbrauchssteuergesetze, meist bearbeitet von KOFES. — Aus der großen Zahl der Kommentare zu den einzelnen Steuergesetzen seien die von POPITZ zum Umsatzsteuergesetz ([3] 1928, ErgBd. 1930), von STRUTZ zum Einkommensteuergesetz (I 1927, II 1929, ErgBd. 1930), von KIPP zum Erbschaftsteuergesetz (1927) und von ARLT zum Tabaksteuergesetz ([2] 1930, Nachtr. 1931) hervorgehoben. — Zum Verbrauchssteuer- und Zollrecht: SCHRÖTER Der Rechtsbegriff der Verbrauchssteuer, ZZölle 11 (1931) S. 61ff.; GOETZELER Deutsches Tabaksteuerrecht 1929. LAMP Theorie des deutschen Zollrechts 1917; LÖSENER, Grundriß des deutschen Zollrechts[3] 1928; VOGT Das deutsche Zollrecht[3] 1929; TRAUTVETTER Art. „Zollrecht" im HWBRW. VI 1929. PENDELE Das Steuerrecht der AO. für das Gebiet der Zölle und Verbrauchssteuern 1927; LOTTNER Die Besteuerung nach der AO. für die Zollpraxis dargestellt[3] 1928. BEHR Zollpflicht und freier Verkehr, ArchÖffR. 14 (1899) S. 176ff.; DERSELBE Zollausschlüsse und freie Niederlagen, ArchÖffR. 16 (1901) S. 1ff.; BORCHARD Freihäfen, ein Beitrag zur Terminologie, RVerwBl. 49 (1928) S. 891f.; Zollrechtliche Schriften, seit 1928, Verlag R. HOBBING. BLUMENSTEIN-GASSMANN Die schweiz. Zollgesetzgebung 1927; DERSELBE Grundzüge d. schweiz. Zollrechts, VJSchrSchwAbgR. 11 (1930) S. 193ff., 289ff. — Über die Landes- und Gemeindesteuern geben folgende Schriften einen Überblick: JESSEN Vergleichende Darstellung der deutschen Ländersteuergesetzgebung, Ztschr. „Reich und Länder", 2. Sonderheft, Dez. 1927; DIERKES-BOHMANN Die indirekten Gemeindesteuern in Deutschland m. bes. Ber. Preußens 1930. STORCK Pr. Landes- u. Gemeindeabgabenrecht 1931; SPOHR Grundriß d. pr. Staatssteuerrechts 1930; GISBERT-GROTE Pr. Steuergesetze u. Verordnungen (m. Ausschl. d. kommun. Abgabenrechts) 1930; THEYSEN Preußische Gemeindesteuern 1926; RINGELMANN Die bay. Landes- u. Gemeindesteuergesetze 1930; BLEYER Das Steuerrecht der bayerischen Gemeinden, Bezirke und Kreise[3] 1928; VERVIER Die Grundlagen d. Besteuerungsrechts d. Körperschaften d. öff. R. i. Bayern, BayVerwBl. 76 (1928) S. 145ff., 161ff.; FRANCK Gemeindesteuerrecht für Württemberg 1923; GLOCKNER Badische Steuergesetze 1926 (Nachtr. 1927); SCHÄUBLE-FR. BÜHLER Sammlung der badischen Landessteuergesetze 1927; FISCHER Die meckl. Landessteuern, MecklZ. 46 (1930) Sp. 339ff.; ROSS Das Kommunalsteuersystem in Oldenburg, OldZ. 53 (1927) S. 1ff.; EBMEIER D. lüb. Landessteuern 1930. — Aus dem deutschsprachigen Ausland sind zu nennen: WITTSCHIEBEN Österr. Besteuerungssystem I 1928, II 1930; PFAUNDLER, WEINZIERL u. LIND-GAPP Abgabenrecht d. österr. Länder u. Gemeinden 1928; SCHRANIL Handbuch des tschechoslowakischen Steuerrechts, 1. Lief. 1927; LEDERER Tschechoslowakisches Steuerrecht 1927, 2. Folge 1928; BLUMENSTEIN Schweizerisches Steuerrecht I 1926, II 1929.

WEIDNER-SEYDEL G. ü. d. Branntweinmonopol, 2 Bde. 1929; LIEBERWIRTH Das Zündholzmonopol, RVerwBl. 50 (1929) S. 792ff.

Von Zeitschriften und sonstigen periodischen Werken seien genannt: Finanz-Archiv, her. von SCHANZ; Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht, her. von LION; Deutsches Steuerblatt, her. bis 1930 von MROZEK, jetzt von BOETHKE u. O. SCHMIDT; Steuer und Wirtschaft, her. von REINACH; Zeitgemäße Steuer- und Bilanzfragen, her. von LION; Deutsche Steuerzeitung, her. von KOPPE; Z. f. Zölle u. Verbrauchssteuern, her. von TRAUTVETTER u. KOPPE; Mitteilungen der Steuerstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie. — Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs. — Vierteljahrsschrift für schweizerisches Abgabenrecht, her. von BLUMENSTEIN. — Revue de science et de législation financières, her. von JÈZE.

## I. Einleitung.

Versteht man unter Staatsfinanzen allgemein den Bestand an aktivem Staatsvermögen und an Staatsschulden sowie die Einnahmen und Ausgaben des Staates, so hat es das Finanzrecht in einem engeren verwaltungsrechtlichen, bloße dienstliche Gebundenheiten nicht berücksichtigenden Sinne nur mit der Geldbewegung auf der Einnahmeseite des Staatshaushalts zu tun. Das Wort „Finanzen"

selbst ist farblos. Es bedeutete ursprünglich vermutlich soviel wie die Geldsumme, mit deren Zahlung ein Rechtsstreit, auch ein Strafprozeß, „beendet" wurde[1].

Da der Staat häufig als Privatmann auftritt, gibt es neben dem Finanzverwaltungsrecht ein Finanzprivatrecht, als welches im großen und ganzen das auf den Fiskus bezogene bürgerliche Recht erscheint. Das Außergewöhnliche des Staates zeigt sich aber bisweilen auch hier. So ist die Aufrechnung gegen den Fiskus erschwert (BGB. § 395), besondere Vorschriften regeln die Eigentumsverhältnisse an Reichsdienstgrundstücken[2] und die Mitwirkungsbefugnisse des Reichsrats und des Reichstags bei der Veräußerung von Reichseigentum[3], bei Militärgut in Händen Privater durchbricht ein Sondergesetz[4] die Regel des bürgerlichen Rechts, daß der Besitzer bis zum Beweise des Gegenteils als Eigentümer gilt (BGB. § 1006), der Fiskus hat Vorrechte an gefundenen Sachen (§§ 978ff.) und ist mangels sonstiger Erben gesetzlicher Erbe (§ 1936). Auch das Recht des Fiskus zur Aneignung herrenloser Grundstücke (§ 928 II) und noch manche andere Befugnisse wären zu erwähnen. Daneben kennt das Recht eine Reihe die Bewegungsfreiheit des Fiskus einengender Bestimmungen, allerdings die meisten mit der Klausel, daß der zuständige Minister oder der Finanzminister oder die Reichsregierung oder der Reichspräsident von ihrer Innehaltung befreien kann. So soll Verträgen, die für Rechnung des Reichs geschlossen werden, tunlichst eine öffentliche Ausschreibung vorhergehen[5]. Das Verbot des Selbstkontrahierens ist dahin erweitert, daß mit Beamten und Angestellten des Reichs von der Verwaltung, der sie angehören, Verträge nur mit Zustimmung des zuständigen Reichsministers oder der von ihm bevollmächtigten Stelle geschlossen werden können[6]. Besondere Erschwerungen gelten für die Aufhebung von Verträgen, für Stundungen und Erlasse[7]. Auch die Aufnahme von Anleihen ist durch Verfassungsbestimmungen erschwert und durch Sondergesetze geregelt[8].

Damit berühren wir eine weitere Seite der öffentlichen Finanzen: das Finanzstaatsrecht. Neben den Fragen des Finanzausgleichs steht hier im Mittelpunkte das jährliche Gesetz über den Haushaltsplan, das zwar mit einigen Abweichungen wie ein gewöhnliches Gesetz zustandekommt, aber, anders als die meisten Gesetze, keine Rechtssätze, keine Anordnungen an die Allgemeinheit enthält. Diese, zunächst verneinende, Erkenntnis vermittelt der älteren Bestimmungen nachgebildete Satz der RHaushO. § 24: „Durch den Haushaltsplan werden Ansprüche Dritter oder Verbindlichkeiten Dritter weder begründet noch aufgehoben." So hat kein Beamter einen Anspruch auf eine im Besoldungsgesetze nicht vorgesehene Alterszulage, selbst wenn sie in den Haushaltsplan eingestellt ist[9]. Nur wo ein Rechtssatz auf das Gesetz über den Haushaltsplan ausdrücklich verweist, wie früher das Besoldungsgesetz bei der Bestimmung der Teuerungszulagen[10] oder wie die RHaushO. bei der Regelung der Haftung eines Beamten für planwidriges Verhalten (§ 33 III), wirkt dieses kraft Umformung auch nach außen[11]. Positiv aber ist das Gesetz über den Haushaltsplan vor allem die nähere inhaltliche Bestimmung des in der RHaushO. enthaltenen dienstlichen Verbots über- oder außerplanmäßiger Ausgaben (§§ 32, 33). Der einzige dem Haushaltsplan etwas freier gegenüberstehende Beamte ist der

[1] Fr. J. Neumann, ZStaatsW. 64 (1908) S. 472ff.; Lotz Finanzwissenschaft² (1929) S. 1f.
[2] G. v. 25. Mai 73. [3] RHaushO. § 47 II. [4] G. v. 31. März 23 § 3.
[5] RHaushO. § 46. Eine bindende „Verdingungsordnung" des Reiches steht noch aus (über den jetzigen Stand der Angelegenheit vgl. Borchard im PrVerwBl. 48, 1927, S. 555f., ferner RTagsdrucks. IV. Wahlp. 1928 Nr. 146), in den Ländern gibt es solche, z. B. bad. VO. ü. d. Verdingungswesen v. 27. Juli 22, brem. Verdingungsordnung v. 4. Juli 20, braunschw. v. 6. Dez. 27.
[6] RHaushO. § 49.
[7] RHaushO. §§ 50ff. Vgl. auch PrOVG. 11. Jan. 23, Entsch. 78, 362ff.
[8] RV. Art. 87; RSchuldenO. v. 13. Febr. 24; G. ü. Aufnahme von Auslandskrediten durch Gemeinden und Gemeindeverbände v. 21 März 25.
[9] RG. III 18. März 19, RGZ. 95, 168ff. [10] Früheres RBesoldG. v. 30. Apr. 20 § 17.
[11] Vgl. oben S. 133.

Finanzminister[1]. Die haushaltsmäßige Verwaltung erschöpft sich aber nicht in der Beachtung dieser einen Regel. Vorschriften über die strenge Trennung der Einnahmen und Ausgaben, das Verbot der Fondsverwechselung, z. B. der Befriedigung sächlicher Bedürfnisse aus ersparten Beamtengehältern, Beschränkungen der Übertragung von Ersparnissen vom alten Rechnungsjahr auf das neue[2] und anderes geben der staatlichen Finanzverwaltung jenes Gepräge der Gediegenheit, aber auch der Schwerfälligkeit, das sie von der Verwaltung so manchen kaufmännisch betriebenen Unternehmens augenfällig unterscheidet.

Doch gehören diese Regeln, so sehr sie die Finanzverwaltung berühren, nicht zum Finanzverwaltungsrecht, da sie nur den inneren Staatsbetrieb angehen und nicht nach außen wirken. Vom Finanzverwaltungsrecht soll aber im folgenden allein die Rede sein. So wichtig es für Staat und Gemeinde sein mag, sich auf privatwirtschaftlichem Wege, wie Grundstücksankauf und -verkauf, Betrieb von gewinnbringenden Anstalten, Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, Geldeinnahmen zu verschaffen, so gehen diese Möglichkeiten das Verwaltungsrecht nichts oder nur insofern an, als die Befugnis der unterstaatlichen Verbände zu derartigen privatwirtschaftlichen Betätigungen in Frage steht. Für das Finanzverwaltungsrecht kommen nur die Fälle in Betracht, in denen der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt dem einzelnen obrigkeitlich entgegentritt. Dies trifft gegenüber dem Zahlungspflichtigen zu bei der öffentlichrechtlichen Gebühr, dem öffentlichrechtlichen Beitrag und der Steuer, gegenüber dem möglichen Mitbewerber beim Monopol.

Das den vier genannten Einnahmequellen Eigentümliche ist, daß sie nicht nur tatsächlich Einnahmen bringen, sondern daß Vermehrung des öffentlichen Vermögens auch ihr Zweck ist. Diese Richtung auf die Verschaffung von Einnahmen ist sogar ein wesentliches Begriffsmerkmal der Finanztätigkeit des Staates, wobei man dann allerdings auch bei Schutzzöllen und anderen Verhütungsabgaben noch einen Rest fiskalischen Zweckes annehmen muß[3]. Daher scheiden Geldstrafen und der Ersatz von Auslagen, z. B. bei der Ersatzvornahme, sowie sonstige nicht beabsichtigte Verwaltungseinnahmen hier aus. Es wäre eine geradezu lächerliche Begründung eines Strafurteils, daß auf eine besonders hohe Geldstrafe habe erkannt werden müssen, weil die Staatsfinanzen es forderten.

Noch einer weiteren Einschränkung bedarf der Begriff der öffentlichen Abgabe, als welche uns die Gebühr, der Beitrag und die Steuer begegnen. Der heutigen öffentlichen Abgabe eigen ist die Gleichmäßigkeit, mit der sie alle Beteiligten trifft. Von der Finanzwissenschaft als „Prinzip" längst verkündet[4], in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte vielfach anerkannt[5], ist der Grundsatz von der RV. zur Verfassungsbestimmung erhoben worden (Art. 134): „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei". Die in Kriegszeiten vorkommende Auferlegung einer Geldlast auf das Vermögen eines einzelnen mit der Anheimgabe zu versuchen, einen Teil des Bezahlten von den Mitbürgern ersetzt zu erhalten, ist dem deutschen Rechte fremd. Auch würde der Einführung solcher Schatzungen durch Landesgesetz der vom Reichsgericht sehr weit ausgelegte Eigentumsartikel der RV. (153) im Wege stehen.

---

[1] RHaushO. § 33[1]. [2] RHaushO. §§ 69, 30.

[3] So ist die Tanzmusikabgabe nach dem braunschw. G. v. 31. Mai 82, die bei Aushändigung des Erlaubnisscheins zu entrichten ist, eine Steuer. Es verwirrt nur, wenn der BraunschwVGH. (13. Jan. 04, BraunschwZ. 51, 1904, Beil. I S. 9ff.) sie als polizeiliche Prohibitivmaßnahme bezeichnet, deren Anordnung daher eine Polizeiverfügung sei.

[4] Vgl. Lotz Finanzwissenschaft[2] (1929) S. 312ff. über Gerechtigkeitsprobleme in der Steuerpolitik.

[5] Vgl. Fr. Haussmann Rechtsgrundsatz der Gleichmäßigkeit 1917; PrOVG. 5. März 29, Entsch. 84, 144f.

## II. Gebühren.

**1. Wesen und Arten.** Gebühr ist die öffentlichrechtliche Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme der Verwaltung. Das Wort „Gebühr“ wird noch in anderen Bedeutungen gebraucht. Die Zeugengebühr ist eine Form der öffentlichrechtlichen Entschädigung, die Gebührenordnung für Apotheker enthält gewerbliche Taxen, über deren Betrag hinaus der Apotheker seine Waren nicht verkaufen darf, auch kann die Gebühr, von der Seite des Bezugsberechtigten betrachtet, eine Art des Diensteinkommens eines Beamten sein. An dieser Stelle begegnet uns die Gebühr nur als eine Form der öffentlichen Abgabe.

Worin besteht nun aber das Öffentlichrechtliche der Gebühr? Da Staat und Gemeinde auch als Privatpersonen tätig sein können, ist ihre Beteiligung an einer Veranstaltung noch kein Beweis für die Öffentlichrechtlichkeit der dafür beanspruchten Gegenleistung. Allerdings gibt es Veranstaltungen, die in den Händen der öffentlichen Verwaltung ohne weiteres als öffentlichrechtlich gewollt erscheinen oder die überhaupt nur als öffentlichrechtliche Veranstaltungen denkbar sind. Eine Gemeinde wird vermutlich keine Privatschule betreiben, und das Entgelt für eine obrigkeitliche Amtshandlung, wie Ausstellung eines Passes, kann nie dem Privatrecht angehören. Daneben gibt es aber eine Reihe von Veranstaltungen rechtlich farbloserer Art. Wasserleitungen, Gasanstalten, Elektrizitätswerke, Schleppeinrichtungen kann die Gemeinde nach freier Wahl öffentlichrechtlich oder privatrechtlich betreiben[1]. Was ist aber das Merkmal, das die eine Betriebsart von der andern unterscheidet? Unter Umständen kann die Form der Gebührenordnung, z. B. Berufung auf eine nur für öffentlichrechtliche Gebühren geltende Gesetzesbestimmung, oder das Verfahren, in dem sie zustande kam, z. B. Nachsuchung einer nur für öffentlichrechtliche Gebühren vorgesehenen aufsichtsbehördlichen Genehmigung, hinreichenden Aufschluß geben[2]. Die Höhe der Gebühr begründet höchstens eine Vermutung für deren Rechtsnatur insofern, als die öffentlichrechtlichen Gebühren vielfach, aber nicht immer, auf dem Deckungsgrundsatze aufgebaut sind, also nicht mehr abwerfen sollen, als im Durchschnitt zur Kostendeckung erforderlich ist. Reichen solche Erwägungen nicht aus, so muß man zu der vermutlich gewollten Ordnung des Gebührenrechtsverhältnisses Zuflucht nehmen, obgleich es meist gerade dessen Fraglichkeit sein wird, die zur Beantwortung der Rechtsnatur der in Betracht kommenden Gebühr zwingt. Die privatrechtliche Ordnung unterscheidet sich aber vor allem in zwei Punkten von der öffentlichrechtlichen. Begründungstatbestand der privatrechtlichen Gegenleistung ist der Vertrag, während die öffentlichrechtliche Gebühr meist kraft Gesetzes, nur mit Rücksicht auf die Inanspruchnahme der Verwaltung, geschuldet wird. Die Gemeinde kann z. B. den Gebrauch von Stühlen und Bänken in einem Ausstellungspark gebührenpflichtig machen. Setzt sich jemand, ohne von der Gebührenordnung etwas zu wissen, auf einen solchen Stuhl, so braucht er nur bei öffentlichrechtlicher Regelung etwas zu zahlen, da bei privatrechtlicher Regelung der Vertrag fehlt. Doch ist auch dieses Unterscheidungsmerkmal nicht unbedingt zuverlässig, da es auch öffentlichrechtliche Gebühren gibt, die den Willen des Gebührenpflichtigen, sich der Gebühr zu unterwerfen, voraussetzen. So bleibt noch die öffentlichrechtliche Natur des Gebührenrechtsverhältnisses selbst. Ist es ein solches, kraft dessen Verwaltungsakte erlassen werden können, z. B. einseitige, höchstens mit Beschwerde oder fristgerechter Verwaltungsklage anfechtbare Gebührenfestsetzungen, dann gehört die Gebühr dem öffentlichen Rechte an. Auch die Vollstreckbarkeit der Gebühr ohne vorher-

---

[1] Vgl. z. B. LG. Hamburg 14. Apr. 24, HansRZ. 1926 Sp. 631f. (Gasanstalt); WürttVGH. 30. Dez. 25, WürttZSprBeil. 69 (1927) S. 183ff. (Wasserleitung); RG. I. ZivSen. 28. Sept. 22, JW. 1923 S. 13 (Schleppbetrieb).

[2] BadVGH. 26. Mai 22, BadVerwZ. 1922 S. 146ff.

gehende Anrufung des ordentlichen Gerichts würde ein Anzeichen für deren Öffentlichrechtlichkeit sein.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten die Gebühren der Eisenbann und der Post, so hat das Gesetz die ersten bewußt privatrechtlich gestaltet. Die „Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen" bildet den siebenten Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuchs. Heute würde man vermutlich die Beziehungen zwischen Eisenbahnverwaltung und einzelnem dem öffentlichen Rechte eingliedern, wenn sich nicht die privatrechtliche Auffassung geschichtlich entwickelt hätte. Bei der Post liegen die Dinge so, daß § 50 des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871 auf ein zu veröffentlichendes „Reglement" verweist, dessen Vorschriften als Bestandteil des „Vertrages" zwischen Postanstalt und Absender oder Reisenden gelten. „Vertrag" klingt bürgerlichrechtlich, da man im Jahre 1871 an öffentlichrechtliche Verträge sicher nicht dachte. Und doch ist die der Post geschuldete Gebühr eine öffentlichrechtliche Gebühr. Denn man frage sich, ob es wohl Sinn des Postgesetzes sein kann, daß der Absender eines Briefes privatrechtliche Einwendungen gegen die Gebührenpflicht erheben darf, wie Minderjährigkeit oder Irrtum. Man muß die Frage vernünftigerweise verneinen. Hinzu kommt, daß die Postanstalten berechtigt sind, ungezahlt gebliebene Beträge an Personengeld, Porto und Gebühren nach den für die Beitreibung öffentlicher Abgaben bestehenden Vorschriften zwangsweise einziehen zu lassen (§ $25^{I}$).

Innerhalb der öffentlichrechtlichen Gebühren unterscheidet man Benutzungsgebühren und Verwaltungsgebühren. Die Benutzungsgebühr ist das Entgelt für die Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung, z. B. einer Schule, eines Krankenhauses, einer Fähre, einer Kanalisation, eines Friedhofs[1], einer Badeanstalt, eines Wasserwerks, eines Schlachthauses, eines Zuchttieres, während die Verwaltungsgebühr für die Vornahme von Amtshandlungen, wie Beurkundungen, Erlaubniserteilungen, Namensverleihungen, Einbürgerungen, Strafverfügungen, erhoben wird. In Sachsen ist für die Verwaltungsgebühren der Ausdruck „Kosten" üblich, umfaßt aber daneben noch die Erstattung der baren Auslagen[2], in Baden der Ausdruck „Sporteln"[3].

**2. Rechtsquellen.** Soweit die öffentlichrechtliche Gebühr den einzelnen kraft Gesetzes, ohne die Notwendigkeit einer besonderen Unterwerfung, treffen soll, bedarf sie der gesetzlichen Grundlage.

Das Gesetz kann die Gebührenpflicht durch Bestimmung der Voraussetzungen und des Tarifs nach allen Richtungen selbst regeln. Das Gebührengesetz des Reichs für die Auslandsbehörden nebst Tarif vom 1. Juli 1921 bietet ein Beispiel. Oder es enthält nur die Grundsätze und verweist wegen der Einzelheiten auf eine Verordnung, so das preußische Gesetz über staatliche Verwaltungsgebühren vom 29. September 1923[4]. Für die Rechtsprechung zum Gebührenrecht weitaus am wichtigsten aber wurde das preußische Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893, das in seinen §§ 4ff. die Gemeinden zur Erhebung von Gebühren nach Maßgabe der durch Gemeindebeschluß festzulegenden Gebührenordnungen ermächtigt. Für die preußischen Kreise und Provinzen gilt das Kreis- und Provinzialabgabengesetz vom 23. April 1906.

Gesetze engen vielfach die kraft allgemeiner Ermächtigung bestehende Möglichkeit einer Erhebung von Gebühren ein, sei es, daß sie deren Erhebung bindend verlangen, sei es, daß sie die Erhebung verbieten oder nur bis zu einem Höchstbetrage zulassen. So schreibt das Reich den Ländern für die Erteilung von Aufnahme-,

---

[1] Z. B. PrOVG. 8. Apr. 13, Entsch. 64, 238ff.
[2] Verwaltungskostengesetz, Fass. v. 23. März 24, § $1^{I}$.
[3] Verwaltungsgebührengesetz, Bek. v. 17. Aug. 23 I.
[4] Eine Verwaltungsgebührenordnung erging am 30. Dez. 26 (GS. S. 327).

Einbürgerungs- und Entlassungsurkunden gewisse Höchstsätze vor[1]. Preußen verpflichtet seine Gemeinden zur Erhebung von Schulgeld für den Besuch der höheren Lehranstalten, verbietet aber mit einigen Ausnahmen Schulgeld für die Volksschulen[2]. Wäre RV. Art. 145 unmittelbar geltendes Recht, so dürfte Schulgeld in Volksschulen überhaupt nicht mehr erhoben werden. Über die gegenseitige Gebührenfreiheit von Reich, Ländern und Gemeinden in gewissen Fällen enthält das Gegenseitigkeitsbesteuerungsgesetz vom 10. August 1925 besondere Vorschriften (§ 1).

Außerdem sind die nicht in Gesetzesform erlassenen Gebührenordnungen durch das Wesen der Gebühr eingeengt. Die Ermächtigung zum Erlasse einer Gebührenordnung gestattet nicht die Erhebung einer öffentlichen Abgabe schlechthin, sondern nur einer solchen, die eine Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme der Verwaltung darstellt[3]. In Anspruch nimmt aber die Verwaltung nur, wer die Behörde in Bewegung setzt oder von der Verwaltungseinrichtung Gebrauch macht. Desinfiziert die Polizeibehörde eine Wohnung, ohne vom Inhaber gerufen zu sein[4], oder räuchert sie in gleicher Weise die Keller zwecks Tötung der Mückenbrut aus, so mögen unter Umständen die Voraussetzungen des Kostenersatzes einer Ersatzvornahme gegeben sein, aber eine Gebühr darf die Behörde nicht verlangen. Für Verwaltungsgebühren gilt daher ganz allgemein der Grundsatz, daß allein der Veranlasser gebührenpflichtig ist[5], und Benutzungsgebühren sind unzulässig, soweit dem angeblich Gebührenpflichtigen die Möglichkeit der Benutzung fehlt, z. B. Wasserleitungsgebühren, wenn die Leitung gesperrt ist[6], oder Müllabfuhrgebühren für Grundstücke, die für die Müllabfuhr nicht in Betracht kommen[7]. Aber auch bei Erfüllung dieser Voraussetzung hat die Gebührenordnung eine weitere Schranke zu beobachten: Innehaltung des richtigen Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Die als Gegenleistung verlangte Gebühr kann schon mit Rücksicht auf den möglicherweise vom Gesetze angeordneten Deckungsgrundsatz zu hoch oder unzulässig sein[8], sie kann es aber vor allem sein im Verhältnis zur wirklichen Inanspruchnahme. Ein besonders in die Augen springender Fall wäre der, daß große Wohnungen zu geringeren Müllabfuhrgebühren herangezogen würden als die kleinen. Hier wäre der Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Belastung offenbar. Aber so schlimm braucht der Fall nicht zu liegen. Die Gebührenordnung einer Gemeinde ist schon dann ungültig, wenn der darin gebrauchte Maßstab unsachgemäß ist. So fehlt das richtige Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, wenn die Gemeinde staatliche Gebäude stärker zur Kanalisationsgebühr heranzieht als gewerbliche[9]. Dabei ist die Gemeinde nicht gezwungen, immer einen Wirklichkeitsmaßstab anzulegen, also z. B. das Wassergeld vom Stande einer Wasserleitungsuhr abhängig zu machen, sie kann statt dessen auch einen Wahrscheinlichkeitsmaßstab anwenden[10], beim Wassergeld etwa die Zahl der Wasserhähne oder die Kopfzahl der Bewohner, nur muß der Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Wahrscheinlichkeit auch ent-

---

[1] RStAngG. v. 22. Juli 13 § 38, VO. v. 27. Juni 24.

[2] SchulgeldG. v. 18. Juli 30, VolksschulunterhG. v. 28. Juli 06 § 6.

[3] SächsOVG. 24. Sept. 25, Jahrb. 29, 61ff. (örtliche Feuerschutzabgabe keine Gebühr); BayVGH. 20. Dez. 29, Samml. 50, 167ff. u. WürttVGH. 13. Febr. 29, WürttZSprBeil. 72 (1930) S. 139ff. (keine Gebühr für Gemeingebrauch).

[4] PrOVG. 9. Jan. 17, PrVerwBl. 38 (1917) S. 625f.; vgl. auch PrOVG. 17. Mai 12, Entsch. 62, 85ff.

[5] WürttVGH. 23. Dez. 24, WüRV. 18 (1925) S. 117f. Vgl. für württ. Landesgebühren jetzt die genaue Regelung in der LGebO. v. 22. Dez. 30 Art. 8.

[6] PrOVG. 8. Dez. 14, Entsch. 68, 161ff.; ähnlich 13. Febr. 14, Entsch. 66, 159ff.

[7] HessVGH. 17. Juni 22, Entsch. 5, 101ff.; SächsOVG. 19. Mai 24, Jahrb. 29, 66ff.

[8] Vgl. den Fall OldOVG. 4. März 26, OldZ. 53 (1927) S. 55ff.

[9] PrOVG. 10. Juni 13, Entsch. 64, 202ff. Vgl. auch SächsOVG. 23. Sept. 26, Jahrb. 32, 157ff.

[10] PrOVG. 13. Febr. 14, Entsch. 66, 159ff.

sprechen[1]. Die Abstufung nach dem gemeinen Werte des Hauses z. B. wäre unzulässig[2].

**3. Entstehung und Endigung der Gebührenpflicht.** Die Pflicht zur Entrichtung einer Benutzungsgebühr entsteht mit der Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung. Zu Rechtsstreitigkeiten über diese Frage wird es aber vielfach nicht kommen, da der die Benutzung Begehrende meist nicht eher zugelassen wird, als er die Gebühr entrichtet hat. Doch pflegt es namentlich beim Schulgeld und gewissen Universitätsgebühren anders zu sein, da die Verweigerung der Ausstellung des Schulzeugnisses oder des Universitätsabgangszeugnisses einen empfindlichen Druck auf die Zahlungsbereitschaft des Gebührenpflichtigen ausüben wird. Streit wird höchstens darüber entstehen, ob eine gebührenpflichtige Benutzung überhaupt vorliegt, ob es nicht vielmehr an der gebührenpflichtigen Leistung auf der Seite des öffentlichen Verbandes fehlt. So kann der Schlachtermeister die Zahlung einer Gebühr für die Benutzung eines Kühlraums verweigern, wenn im Kühlraum Tagestemperatur herrschte, der Hauseigentümer Zahlung einer Kanalisationsgebühr, wenn der Kanal, entgegen seiner Bestimmung, nur das Regenwasser aufnimmt[3]. Der Fall kann auch so liegen, daß der Anlieger eine öffentliche Einrichtung verbotenerweise in Anspruch nimmt, für die es keine Gebührenordnung gibt, z. B. den Regenwasserkanal für die Ableitung von Fäkalien. Hier kann die Stadt eine privatrechtliche Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung erheben oder die Polizei kann Beseitigung des Anschlusses verlangen; für die Erhebung einer öffentlichrechtlichen Gebühr aber fehlt mangels einer gesetzlichen Grundlage die Möglichkeit[4].

Die Verwaltungsgebühr ist fällig, sobald die Behörde den an sie gerichteten Antrag beschieden hat. Aus Gründen der Billigkeit ordnet die Gebührenordnung vielfach an, daß ablehnende Bescheide weniger hohe Gebühren nach sich ziehen als antragsgemäße[5]. Auch bei Zurücknahme des Antrags erhebt die Behörde eine ermäßigte Gebühr; die Tatsache, daß der Antragsteller die Behörde bemüht hat, ist Grund genug, ihn von der Gebührenpflicht nicht ganz zu befreien.

Der gewöhnliche Endigungsgrund der Gebührenpflicht ist die Zahlung oder, da die Gebühr oft als Vorschuß entrichtet werden muß, die Verrechnung des als Vorschuß Gezahlten mit der endgültig entstandenen Gebührenschuld. Bisweilen vorgesehen ist die Entrichtung der Gebühr durch Kauf und Entwertung von Gebührenmarken[6]. Erlaß der Gebührenschuld aus Billigkeitsgründen ist auch möglich[7]. Für Gemeindegebühren setzt das preußische Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 eine mit dem Schlusse des Entstehungsjahres beginnende dreijährige Verjährungsfrist fest (§ 87). Fordert aber die Gemeinde innerhalb dieser Frist die Gebühr an, so beginnt mit Ende des Jahres eine neue vierjährige Verjährungsfrist (§ 88). Man hat diese beiden Verjährungen mit Recht der Strafverfolgungs- und der Strafvollstreckungsverjährung des StGB. an die Seite gestellt[8].

**4. Beitreibung und Rechtsschutz.** Die Beitreibung der öffentlichen Gebühren geschieht im Verwaltungszwangsverfahren. Manche Gesetze ordnen dies ausdrücklich an[9], aber auch ohne solche Anordnung ist zu vermuten, daß der Gesetzgeber

---

[1] PrOVG. 30. Nov. 15, Entsch. 70, 149ff.

[2] PrOVG. 2. Mai u. 7. Nov. 16, PrVerwBl. 38 (1917) S. 116, Entsch. 72, 103ff. Ähnlich SächsOVG. 9. Juni u. 5. Aug. 26, Jahrb. 29, 230ff., 239f. Vgl. noch WürttVGH. 30. Dez. 25, WüRV. 19 (1926) S. 45ff.

[3] PrOVG. 21. Apr. 03 u. 23. März 15, Entsch. 44, 164ff., PrVerwBl. 37 (1916) S. 118f. Vgl. auch PrOVG. 28. Sept. 26, Entsch. 81, 148ff. (keine Schulgeldpflicht, wenn die Schule während des ganzen Zahlungsabschnitts geschlossen war).

[4] PrOVG. 18. Nov. 19, Entsch. 75, 98ff. [5] Pr. VGO. v. 30. Dez. 26 § 9.

[6] Pr. VGG. v. 29. Sept. 23 § 6; RdErl. d. Pr. Min. d. I. v. 22. Mai 26, MinBliV. 1926 Sp. 521ff.

[7] Pr. VGG. § 5. [8] Otto Mayer I S. 331. [9] Pr. VGO. § 7 II, KAbgG. § 90 I.

nicht so stilwidrig sein wollte, die Vollstreckung von der Erhebung einer Klage abhängig zu machen. Dagegen bedarf es selbstverständlich ausdrücklicher Anordnung, wenn sich der Staat gegen Gebührenhinterziehungen strafrechtlich schützen will[1].

Für den Rechtsschutz des Gebührenschuldners fehlt es an jeder Einheitlichkeit. Die Reichsabgabenordnung findet nicht einmal auf die Reichsgebühren Anwendung, da ihren Gegenstand nur die Reichssteuern bilden (§ 3 I) und nur vereinzelte Landesgesetze sie auch bei Gebühren und Beiträgen für anwendbar erklärt haben[2]. Gegen die Heranziehung zu staatlichen Verwaltungsgebühren gibt es in Preußen nur die formlose Aufsichtsbeschwerde[3]. Die Rechtsmittel gegen Gemeindegebühren sind in Preußen Einspruch und verwaltungsgerichtliche Klage[4]. § 25 des Postgesetzes gestattet dem durch Verwaltungszwang zur Zahlung gezwungenen Gebührenschuldner die Anrufung der ordentlichen Gerichte. Auch § 4 des Reichsgesetzes über die Gebühren für die Benutzung des Kaiser-Wilhelm-Kanals vom 20. Juni 1899 sieht nach Erschöpfung des Beschwerdeweges in beschränktem Umfange Klage vor den ordentlichen Gerichten vor.

## III. Beiträge.

Im Gegensatze zur Gebühr, die auf dem Gedanken von Leistung und Gegenleistung beruht, ist Beitrag der einseitig auferlegte Zuschuß eines am Bestande einer öffentlichen Veranstaltung besonders Beteiligten zu den Kosten der Veranstaltung. Man nennt die Beiträge auch Vorzugslasten oder Vorausleistungen. Die scharfe begriffliche Scheidung gegenüber der Gebühr einerseits, der Steuer andererseits ist nötig, da die Gesetze diese drei Abgaben verschieden behandeln. So muß in Preußen der von der Gemeinde gehegte Plan zur Erhebung von Beiträgen offengelegt werden mit der Anheimgabe, Einspruch dagegen zu erheben[5], während für Gebühren eine solche Vorschrift nicht besteht, und das Kraftfahrzeugsteuergesetz des Reichs schloß früher zwar die Erhebung von Gebühren in Gestalt von Wegegeldern für Kraftfahrzeuge und von Landeskraftfahrzeugsteuern aus, nicht aber die selbständige Erhebung von Beiträgen zur Deckung der Kosten für eine außergewöhnliche Abnutzung der Wege[6]. Auch gilt das Einspruchsverfahren nach § 5 FinAusglGes. nur für Steuern, nicht für Gebühren und Beiträge[7]. Diese Eigenart des Beitrags als eines Mitteldings zwischen Gebühr und Steuer gestattet auch seine Häufung mit einer Gebühr. So bedeutet der Anschluß eines Hauses an die Kanalisation eine Bereicherung des Eigentümers und berechtigt zur Erhebung eines ihn treffenden Beitrags. Dies steht aber der Erhebung einer Kanalisationsgebühr nicht im Wege, sobald der Eigentümer von der Kanalisation wirklich Gebrauch macht. Ebenso ist eine Häufung von Schulgeldern und Schulbeiträgen denkbar. Voraussetzung für die Erhebung eines Beitrags ist aber immer, daß der Heranzuziehende einen besonderen Vorteil von der Veranstaltung hat, zu deren Gunsten der Beitrag erhoben wird. So kann die Gemeinde zu einem Wasserleitungsbeitrag niemand heranziehen, der drei Kilometer außerhalb des Orts wohnt und keine Möglichkeit hat, in absehbarer Zeit an die Leitung angeschlossen zu werden[8].

Eine allgemeine gesetzliche Grundlage zur Erhebung von Beiträgen enthält § 9 des preußischen Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893, dessen Absatz 1 lautet:

---

[1] Z. B. PostG. v. 28. Okt. 71 §§ 27ff.

[2] Württ. Landessteuerges. Bek. v. 27. Juli 29 Art. 3; württ. Gemeindesteuerges. Bek. v. 27. Juli 29 Art. 8.

[3] VGG. § 7. [4] KAbgG. §§ 69f. [5] KAbgG. § 9 III.

[6] Vgl. jetzt G. v. 15. Mai 26 Art. II/KraftfahrzeugsteuerG. v. 21. Dez. 27 § 20 I.

[7] ThürOVG. 26. Okt. 21, JW. 1922 S. 962f.

[8] PrOVG. 11. Okt. 12, Entsch. 62, 234ff.

„Die Gemeinden können behufs Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung von Veranstaltungen, welche durch das öffentliche Interesse erfordert werden, von denjenigen Grundeigentümern und Gewerbetreibenden, denen hierdurch besondere wirtschaftliche Vorteile erwachsen, Beiträge zu den Kosten der Veranstaltungen erheben. Die Beiträge sind nach den Vorteilen zu bemessen."

Besonders wichtig sind aber die in besonderen Gesetzen geregelten Straßenkostenbeiträge der Anlieger[1]. Die preußische Vorschrift findet sich im § 15 des sog. Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875, dessen Wortlaut von früher bekannt ist (S. 198). Als Beitragsmaßstab sah das Gesetz ursprünglich nur die Frontlänge des anliegenden Grundstücks vor. § 10 KAbgG. gestattet jetzt auch andere Maßstäbe, z. B. nach der bebauungsfähigen Fläche. Wieviele Streitfragen die Bestimmung birgt, kann man daraus ersehen, daß der Kommentar von v. Strauss und Torney und Sass, 6. Aufl., 1920, über 140 Seiten allein der Erläuterung des § 15 widmet. Wann ist eine Straße eine neu anzulegende, wann eine schon vorhandene, eine „historische" Straße? Wie hoch sind die ersetzbaren Straßenkosten, wenn sich geschenkte Grundstücke im Straßengelände befinden? Wird der Eigentümer eines Eckhauses zu den Kosten der beiden Straßen herangezogen? In welchem Verhältnis steht die Bestimmung des Fluchtliniengesetzes zur allgemeineren des KAbgG.? Wann ist ein Grundstück bebaut? Wann entsteht die Beitragspflicht? Diese und eine Unmenge anderer Fragen bilden den Gegenstand lebhafter Erörterungen des OVG. und preußischer Juristen. Von den gerade auch hier hereinspielenden Fragen der Dinglichkeit und der Einheit war schon an anderer Stelle die Rede[2].

Außer den Anliegerbeiträgen stehen die Vorausleistungen zum Wegebau mit den Wegeherstellungskosten im Zusammenhang. Während früher hauptsächlich die Eigentümer von Fabriken, Bergwerken und ähnlichen Unternehmungen beitragspflichtig waren unter der Voraussetzung, daß der Weg gerade ihnen zugute kam, trifft die Verpflichtung heute jeden, der einen Weg mit Fahrzeugen über das gemeinübliche Maß hinaus benutzt[3]. Das Aufkommen der schweren Lastwagen machte die Ausdehnung nötig. Beiträge, die sonst noch vorkommen, sind Bahnbeiträge, die von den Eigentümern der der Bahn benachbarten Grundstücke[4], Schulbeiträge, die von den Lehrherren der Fortbildungsschüler[5], Feuerlöschbeiträge, die von den Feuerversicherungsgesellschaften[6], Beiträge zur Unterdrückung der Bienenfaulbrut, die von den Eigentümern eines Bienenstockes[7], Beiträge für Nachtwachen, die von Obstgartenbesitzern, Beiträge zu den Kosten des Rettungswesens, die von den Wassersportvereinen[8], Beiträge zu den Kosten der Reklame für einen Badeort, die von den Eigentümern der Fremdenheime des Orts zu entrichten sind[9]. Auch die Beiträge zur Invaliden- und zur Angestelltenversicherung gehören hierher, da die Versicherten schon aus der Einrichtung der Versicherung einen Vorteil ziehen, selbst wenn der Versicherungsfall nie eintritt. Ebensowenig verleugnet sich bei den Zwangsbeiträgen der öffentlichen Genossenschaften die Verwandtschaft mit den hier behandelten Beiträgen; auch die Beiträge zu den Landwirtschaftskammern, Handelskammern, Berufsgenossenschaften, Krankenkassen sind Zuschüsse zu einer öffentlichen Veranstaltung, die der an ihr Beteiligte schuldet. Desgleichen lassen sich die Zuschüsse der Reichsbetriebe zu den Ausgaben der Wohngemeinden ihrer Arbeitnehmer für

---

[1] Vorbildlich waren Art. 23, 24 des bad. Ortsstraßengesetzes v. 20. Febr. 68; jetzt gelten §§ 22ff. OStrG. v. 15. Okt. 08.

[2] Vgl. oben S. 197ff., 233f.

[3] So pr. VO. v. 25. Nov. 23 über die Erhebung von Vorausleistungen für die Wegeunterhaltung § 1[I]. Über die Gültigkeit der VO. vgl. PrOVG. 5. Jan. 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 259f.

[4] Hamb. G. v. 29. Dez. 26; dazu HambOVG. 3. Okt. 28, HansRGZ. A 1929 Sp. 30ff., 33ff.

[5] Pr. Gesetze v. 1. Aug. 09 u. 14. März 24.

[6] Sächs. G. v. 24. Juni 24. Vgl. auch BadVGH. 7. Nov. 28, BadVerwZ. 1930 S. 165ff.

[7] Meckl.-strel. VO. v. 19. Juni 96 § 13.

[8] P. Frank, MinBl. „Volkswohlfahrt" 1925 S. 405.

[9] Lüb. G. betr. Erhebung einer Badeabgabe v. 13. Mai 27.

allgemeine Verwaltungszwecke, Volksschulwesen, Wohlfahrtspflege, Wohnungsbau und Straßenunterhaltung nach § 9 des Gegenseitigkeitsbesteuerungsgesetzes vom 10. August 1925, ähnlich wie die der Betriebsgemeinden nach § 52 der preußischen Gewerbesteuerverordnung vom 15. März 1927[1], zu den Beiträgen rechnen. Denn wie durch das Vorhandensein einer Fabrik die Straße übermäßig benutzt wird, so nimmt auch ein Reichsbetrieb, z. B. eine Eisenbahnwerkstätte, durch das Heer von Arbeitern, das er anlockt, die Einrichtungen der Wohngemeinde übermäßig in Anspruch, übermäßig deshalb, weil die Steuerkraft der Arbeiter unter dem allgemeinen Durchschnitte liegt.

Auch die vielerörterte Frage nach der rechtlichen Natur der Kurtaxe läßt sich durch deren Einbeziehung zu den Beiträgen am einfachsten lösen[2]. Für Preußen allerdings hat die Frage keine Bedeutung mehr, seit das KAbgGes. die Kurtaxe als eine Abgabe besonderer Art neben die Gebühren, Beiträge und Steuern gesetzt hat (§ 12). Wohl gibt es Kurtaxen nach dem Gebührentyp: der Badegast hat sie nur dann zu entrichten, wenn er von den Kureinrichtungen, wie Bädern, Kurhaus, Gebrauch macht. Meist aber wird sie von allen Kurgästen erhoben, auch wenn sie sich von der übrigen Gesellschaft absondern wollen. Fehlt also hier das für Gebühren wesentliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, so bestehen die Kureinrichtungen doch zum Vorteil des Gastes, da er jederzeit von ihnen Gebrauch machen kann. Es ist ähnlich wie mit dem Hauseigentümer, bei dessen Anwesen eine Ortsstraße gebaut wurde. Er hat Anliegerbeiträge zu zahlen, auch wenn er es vorzieht, nach wie vor über Stoppelfelder nach der nächsten Landstraße zu gehen.

## IV. Steuern.

**1. Wesen und Arten.** Steuer ist die von Vorteilen für den Pflichtigen unabhängige, nach einem allgemeinen Maßstabe auferlegte, öffentliche Abgabe in Geld. Doch sind wir jetzt in der glücklichen Lage, eine, allerdings etwas langatmige, gesetzliche Begriffsbestimmung der Steuer zu haben. Sie gilt zwar nur für das Reichsrecht, hat aber durch ihren inneren Gehalt Bedeutung für das Steuerrecht schlechthin. § 1<sup>I</sup> der AO. lautet:

„Steuern sind einmalige oder laufende Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einkünften allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Zölle fallen darunter; nicht darunter fallen Gebühren für besondere Inanspruchnahme der Verwaltung und Beiträge (Vorzugslasten).“

Die Begriffsbestimmung knüpft offensichtlich an die von Otto Mayer[3] an, was diesen in seiner übergroßen Bescheidenheit nicht gehindert hat, auf die Definition der AO. so zu verweisen, als habe er sie von dort übernommen[4]. Die Einzelheiten der Begriffsbestimmung bereiten nach früher Gesagtem (S. 386) keine Schwierigkeit. Klar hebt sich die Steuer als die voraussetzungslos geschuldete Abgabe von der Gebühr und dem Beitrag ab[5]. Das „zur Erzielung von Ein-

[1] Die Bestimmung hat den in der Rechtsprechung viel erörterten § 53 KAbgG. ersetzt.

[2] So auch meckl.-schw. Landesabgabengesetz v. 9. Dez. 20 § 11: „Kurtaxen sind in der Form von Beiträgen zu erheben.“ Vgl. auch ThürOVG. 29. Mai 29, Jahrb. 13, 102ff. Anders Sachsen, wo sie als Gebühr behandelt wird: Sächs. OVG. 15. Sept. 13, Jahrb. 21, 83f.

[3] I² 1914 S. 331: „Die Steuer ist eine Geldzahlung, welche dem Untertanen durch die öffentliche Gewalt auferlegt wird schlechthin zur Vermehrung der Staatseinkünfte, aber nach einem allgemeinen Maßstabe.“

[4] Handbuch d. Finanzwissenschaft, her. von Gerloff und Meisel, I 1926 S. 87 N. 3.

[5] Daher auch ein nach dem Einkommen der Eltern abgestuftes Schulgeld keine Steuer ist: RFinH. 29. Nov. 26, Samml. 20, 21ff., womit seine Zulässigkeit nach Landesrecht allerdings noch nicht feststeht: PrOVG. 10. Juli 28, JW. 1928 S. 3281; vgl. auch PrOVG. 4. März 30, Entsch. 85, 193ff. Andere Beispiele für die Wichtigkeit der Unterscheidung bei LVG. Schwerin 20. Mai 27, MecklZ. 43 (1927) Sp. 620ff.; HambOVG. 12. Juni 29, HansRGZ. A 1930 Sp. 159ff.; BayObLG. 2. April 30, SammlZ. 30, 168ff., 175ff.; RG. VII 9. Jan. 31, RGZ. 131, 137ff.

künften" scheidet sie von der Geldstrafe, bereitet allerdings bei Schutzzöllen und anderen Verhütungsabgaben gewisse Schwierigkeiten (S. 386). Auch die Gleichmäßigkeit als die der öffentlichen Abgabe innewohnende Grundidee kommt in der Begriffsbestimmung zum Ausdruck.

Über die Steuerarten enthält die AO. nur die Umschreibung, daß es neben den Zöllen und Verbrauchssteuern andere Steuern gibt, für die besondere Regeln gelten (z. B. §§ 121, 217). Die berühmte Unterscheidung der Steuern in direkte und indirekte[1] meidet die AO. absichtlich. Trotzdem muß man hierzu unter Umständen Farbe bekennen. Völkerrechtliche Verträge können die Unterscheidung machen[2], Landesgesetze machen sie auch heute noch. So sind die §§ 13ff. des pr. KAbgG. überschrieben: „Indirekte Gemeindesteuern"[3], die §§ 20ff.: „Direkte Gemeindesteuern". Eine frühere Lehre unterschied nach der Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Steuerüberwälzung. Steuern, die man nicht auf einen andern überwälzen konnte, nannte man direkte, solche, die kraft Überwälzung nicht von dem getragen wurden, der sie an den Staat zahlte, indirekte. Eine andere Lehre machte die formale Unterscheidung, ob der Steuerpflichtige zur Steuer veranlagt wird oder nicht. Die Veranlagungssteuern seien direkte, die übrigen Steuern indirekte. Allein beide Lehren kranken an der Schwäche, daß es bei der ersten vom wirtschaftlichen, bei der zweiten vom gesetzgeberischen Zufall abhängt, ob eine Steuer zu der einen oder andern Abart gehört. Doch läßt sich die zweite Lehre verbessern. Es gibt sicher Steuern, die sich zur Veranlagung eignen, und andere, bei denen dies nicht der Fall ist. Steuern der ersten Art liegen vor, wenn der Eintritt der Steuerpflicht regelmäßig vorhersehbar ist, wie bei den Steuern vom Einkommen, vom Vermögen, vom Grundbesitz, vom Gewerbe[4], wo es sich daher lohnt, auf Namen lautende Steuerakten für jeden Steuerpflichtigen zu führen, so daß er mit der Steuerbehörde „direkt" in Berührung kommt. Indirekte Steuern wären dem gegenüber solche, bei denen die regelmäßige Vorhersehbarkeit fehlt, wie Verkehrssteuern, Steuern für einzelne Betätigungen, z. B. Jagdausübungssteuern[5], Luxussteuern für Besitz und Lebenshaltung[6], deren Einordnung allerdings schon zweifelhafter ist, dann Zölle und die den Zöllen verwandten und deshalb trotz mancherlei Bedenken üblicherweise mit ihnen zur gleichen Gruppe gerechneten Verbrauchssteuern. Diese Scheidung nimmt auch die preußische Rechtsprechung vor. Unter den direkten Steuern unterscheidet man dann wieder Subjektsteuern und Objektsteuern, je nachdem es auf die Person des Steuerpflichtigen, insbesondere seine Leistungsfähigkeit, ankommt oder nicht. Die Unterscheidung kann für die Abgrenzung der den Ländern verbliebenen Steuerhoheit wichtig sein[7].

Da das Steuerrecht sich zu einem besonderen Rechtszweige ausgestaltet hat, kann im folgenden nicht mehr als ein knapper Grundriß geboten werden.

**2. Rechtsquellen.** Der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt im Steuerrechte nicht nur in dem gewöhnlichen Sinne, daß jede Steuerauflage sich auf ein Gesetz zurückführen lassen muß, sondern eine alte Regel verlangt, daß das Gesetz selbst alles für die Besteuerung Erhebliche anordnet. Dies bedeutet Ausschaltung der Verordnung. Die bekannten Steuernotverordnungen in der Zeit der Währungsfestigung und die vom Jahre 1930 sowie gewisse Verordnungen

---

[1] Vgl. hierüber LOTZ Finanzwissenschaft[2] (1929) S. 289ff.

[2] Vgl. z. B. deutsch-schwed. Abk. v. 25. Apr. 28 Art. 1, RGBl. II S. 521.

[3] Hierzu MARKULL Indirekte Gemeindesteuern in Preußen, PrVerwBl. 43 (1922) S. 49ff. Vgl. auch brem. G. v. 26. Mai 21 betr. verschiedene indirekte Abgaben.

[4] Vgl. PrOVG. 4. Mai 15, Entsch. 69, 188ff.

[5] PrOVG. 30. Sept. 24, Entsch. 79, 10ff.; BraunschwVGH. 24. Juni 25, BraunschwZ. 71 (1925) Beil. S. 6f.; AnhOVG. (o. D.), SächsThürArchR. 3 (1926) S. 458ff.

[6] HessVGH. 25. Jan. 30, JW. 1930 S. 2335ff. (Hausangestelltensteuer als indirekte Steuer) mit bedeutsamer Anm. von v. PISTORIUS.

[7] Vgl. FinAusglG., Bek. v. 27. Apr. 26, § 10.

in der Inflationszeit bilden Ausnahmen von gutem Brauche. Dagegen widerstreitet die Anordnung einer Steuer durch Gemeindebeschluß jenem Ideale nicht, da die Gemeindevertretung eine Volksvertretung im kleinen bildet, ihre Mitwirkung daher das Steuerbewilligungsrecht des Volkes wahrt.

Die Rechtsquellen sind demnach Reichsgesetze, Landesgesetze und auf Gesetz beruhende statutarische Vorschriften öffentlicher Verbände. Der Ausgangspunkt der Rechtsquelle gibt auch meist den Steuerberechtigten an, d. h. den, zu dessen Gunsten die Steuer erhoben wird. Doch kann ein Land unmittelbar Steuern zugunsten der Kommunalverbände anordnen, und auch die Teilüberweisungen einiger Reichssteuern auf die Länder und Kommunalverbände lehren, daß man den Steueranordner vom Steuerberechtigten wohl zu scheiden hat.

a) Reichsgesetze allgemeineren Inhalts sind die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919, Enno Beckers Werk, dann das Reichsbewertungsgesetz vom 10. August 1925, das Gesetz über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und der Gemeinden (früher „Reichsbesteuerungsgesetz", heute so oder „Gegenseitigkeitsbesteuerungsgesetz" genannt) vom 10. August 1925 und das Finanzausgleichsgesetz nach der Bekanntmachung vom 27. April 1926 (wiederholte Neufassung des Landessteuergesetzes vom 30. März 1920).

b) Die Einzelsteuergesetze des Reichs lassen sich einteilen, je nachdem sie die Erhebung direkter Steuern oder indirekter Steuern anordnen, die indirekten Steuern wieder geteilt in Steuern des Rechtsverkehrs (Verkehrssteuern) und in Zölle und Verbrauchssteuern.

Die direkten Steuern des Reichs, neuerdings auch Besitzsteuern genannt, sind die Einkommen-, die Körperschaft- und die Vermögensteuer nach den Gesetzen vom 10. August 1925, sowie die Aufbringung zur Industriebelastung nach den Gesetzen vom 30. August 1924 und vom 31. März 1931. Auch die Erbschaftsteuer nach der Bekanntmachung vom 22. August 1925 rechnet man, obgleich sie eine Rechtsverkehrssteuer ist, jetzt zu den direkten Steuern. Von der Einkommen- und Körperschaftsteuer behält aber das Reich nur 25 v. H., die restlichen 75 v. H. werden den Ländern überwiesen, in Preußen so, daß das Land selbst 41¼ v. H. behält und die Gemeinden 30 v. H., die Landkreise und Provinzen je $1^7/_8$ v. H. erhalten[1].

Die Verkehrssteuern des Reichs sind die Umsatzsteuer nach der Bekanntmachung vom 8. Mai 1926, die Grunderwerbsteuer (Bek. v. 11. März 1927), die Kapitalverkehrsteuer (Ges. v. 8. April 1922), die Kraftfahrzeugsteuer (Bek. v. 16. März 1931), die Versicherungs-, die Rennwett- und die Lotteriesteuer nach den Gesetzen v. 8. April 1922, die Wechselsteuer (Bek. v. 12. Juli 1930), die Beförderungssteuer (Bek. v. 29. Juni 1926) und die Notensteuer nach dem Bankgesetz und dem Privatnotenbankgesetz v. 30. August 1924. Auch von der Umsatz-, der Grunderwerb-, der Kraftfahrzeug- und der Rennwettsteuer gibt das Reich erhebliche Teile an die Länder ab[2].

Für die Zölle gilt noch immer das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869, zum Teil neu verkündet unter dem 9. Januar 1931, mit dem Zolltarifgesetz vom 25. Dezember 1902 und den Gesetzen über Zolländerungen vom 17. August 1925 und der Jahre 1929 — 1931. Im Zusammenhang damit ist die statistische Abgabe für den Warenverkehr mit dem Ausland zu nennen (Ges. v. 27. März 1928). Die Verbrauchssteuern aber sind die Tabaksteuer (Ges. v. 12. Sept. 1919), die Biersteuer (Bek. v. 28. März 1931), die Schaumweinsteuer (Ges. v. 31. März 1926), die fast ganz den Gemeinden und Gemeindeverbänden zufallende Mineralwassersteuer (Ges. v. 15. April 1930), die Essigsäuresteuer (Branntweinmonopolges.

---

[1] FinAusglG. § 22[1]; pr. AG., Bek. v. 31. Juli 30, §§ 1, 8. [2] FinAusglG. §§ 36ff.

v. 8. April 1922 §§ 160ff.), die Zuckersteuer (Bek. v. 4. Juni 1930), die Süßstoffsteuer (Ges. v. 14. Juli 1926), die Zündwaren-, die Leuchtmittel- und die Spielkartensteuer nach den Gesetzen vom 9. Juli 1923, die Mineralölsteuer (Ges. v. 15. April 1930).

c) Für Steuergesetze der Länder bleiben danach nicht mehr allzu viele Möglichkeiten übrig, zumal dem Reiche die Gesetzgebung über das Zollwesen ausschließlich zusteht (RV. Art. 6[6]) und die Länder den Reichssteuern gleichgeartete Steuern[1] und Zuschläge zu den Reichssteuern nur mit Bewilligung eines Reichsgesetzes erheben dürfen[2]. Eine solche gleichgeartete Steuer kraft besonderer Gestattung ist die Gemeindegetränkesteuer[3]. Zuschläge sind zur Zeit nur bei der Grunderwerbsteuer vorgesehen[4]; die Einführung von Gemeindezuschlägen zur Reichseinkommensteuer wird seit langem erwogen, vorläufig behilft man sich mit der gröber abgestuften Bürgersteuer[3].

Das Finanzausgleichsgesetz verweist die Länder und Gemeinden auf Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuern (§ 8), für deren Erhebung vom 1. April 1932 an die Vorschriften der Verordnung des Reichspräsidenten vom 1. Dezember 1930 (3. Teil, Kapitel I—III) gelten werden, Fahrzeugsteuern (§ 13), von den Gemeinden zu erhebende Vergnügungssteuern (§ 14), Wertzuwachssteuern (§ 18). Eine wichtige Ergänzung der Grund- und Gebäudesteuern bildet die in Preußen Hauszinssteuer genannte Steuer zum Geldentwertungsausgleich bei bebauten Grundstücken[5]. Ganz frei von reichsrechtlicher Anregung erheben die Länder oder die Gemeinden Verkehrssteuern meist in Form von Stempelsteuern, soweit die Reichsverkehrssteuern es noch zulassen, ferner Hunde-, Pferde-, Jagdsteuern, Steuern für die Verlängerung der Polizeistunde u. dgl.

Wie es ein Finanzausgleichsgesetz des Reiches gibt, gibt es Finanzausgleichsgesetze der Länder zwecks Auseinandersetzung der Finanzen des Landes mit denen der Gemeinden und höheren Kommunalverbände[6]. Kommunalabgabengesetze der Länder regeln das Besteuerungsrecht dieser Verbände[7]; nur die Erhebung von Vergnügungssteuern durch die Gemeinden beruht auf reichsrechtlichem Zwange[8]. Einer Anregung des Reiches folgend haben die Länder vereinzelt auch Landesabgabenordnungen erlassen, die das allgemeine Abgabenrecht der Länder mit der AO. in Einklang bringen[9].

Kirchensteuern sind als Zuschläge zu den Reichssteuern zulässig, die an die Stelle der bisherigen Landes- oder Gemeindesteuern getreten sind, also vor allem als Zuschläge zur Reichseinkommensteuer[10].

**3. Subjekte des Steuerrechts.** Subjekte des Steuerrechts sind auf der einen Seite der Steuerberechtigte, also Reich, Land, Gemeinde, Kirche, auf der anderen Seite der Steuerpflichtige. In der Finanzwissenschaft[11] findet man dafür auch das Wortpaar „Steuerkörperschaft“ und „Steuersubjekt“.

---

[1] Vgl. BraunschwVGH. 1. März 22, BraunschwZ. 69 (1924) Beil. S. 16f.; Markull Pr. VerwBl. 44 (1923) S. 13ff.

[2] FinAusglG. § 2. [3] VOen. d. RPräs. v. 26. Juli u. 1. Dez. 30. [4] FinAusglG. § 38.

[5] Vgl. RGes. über den Geldentwertungsausgleich bei bebauten Grundstücken, Bek. v. 1. Juni 26; pr. Hauszinssteuerverordnung, Bek. v. 2. Juli 26/G. v. 27. Apr. 27.

[6] Z. B. pr. AG. z. FinAusglG., Bek. v. 31. Juli 30.

[7] Vgl. z. B. pr. KAbgG. v. 14. Juli 93, pr. KrProvAbgG. v. 23. Apr. 06 (beide Gesetze mit vielen Änderungen); sächs. GemStG., Bek. v. 20. Okt. 20; württ. GemStG., Bek. v. 27. Juli 29; thür. GemKrAbgG. v. 28. März 23; lipp. GemAbgG. v. 8. Nov. 30.

[8] FinAusglG. § 14; Bestimmungen des Reichsrats über die Vergnügungssteuer, Bek. v. 12. Juni 26. Zahlreiche Entscheidungen über den Begriff der Vergnügung oder Lustbarkeit, z. B. OldOVG. 9. Sept. 26, OldZ. 54 (1927) S. 154ff. (Tanzlehrkurse).

[9] Württ. LandessteuerO., Bek. v. 27. Juli 29; meckl.-schw. Landesabgabenges. v. 9. Dez. 20; anh. LandesabgabenO. v. 16. Apr. 27. Weitgehende unmittelbare Anpassung bringt seit der VO. v. 1. Dez. 30 die AO. selbst in ihren §§ 3a—3e.

[10] FinAusglG. § 20 I. [11] Vgl. Gerloff im Handb. d. FinW. I 1926 S. 480, 448.

Von den Steuerberechtigten war soeben die Rede. Steuerpflichtig kann jeder sein, der irgendwelche Beziehungen zum Steuerberechtigten hat, also auch der im Inland wohnende Ausländer oder der im Ausland wohnende Deutsche. Sache völkerrechtlicher Vereinbarungen ist es, die sonst leicht vorkommenden Doppelbesteuerungen zu verhindern. Daneben gibt es für persönliche Steuern der Gesandten den allgemeinen Steuerbefreiungsgrund der Exterritorialität, der kraft RV. Art. 4 auch dann Platz greift, wenn die Steuergesetze nicht ausdrücklich darauf verweisen. Auch andere völkerrechtliche Befreiungen kommen vor. Das Gegenseitigkeitsbesteuerungsgesetz vom 10. August 1925 nimmt den Gedanken der Exterritorialität des Staates für das innerdeutsche Recht auf, wenn es die Besteuerung des Reichs und anderer öffentlicher Verbände nur teilweise zuläßt.

Dem fiskalischen Grundgedanken entsprechend, dem Steuerberechtigten möglichst zu seinem Gelde zu verhelfen, kennt das Steuerrecht eine große Anzahl von Haftungen für den Steuerpflichtigen. So haften die gesetzlichen Vertreter, Verwalter und Bevollmächtigten in gewissem Umfange neben dem Steuerpflichtigen (AO. §§ 84ff.); sie gelten geradezu selbst als Steuerpflichtige (§ 79 II).

**4. Entstehung der Steuerpflicht.** Die Entstehung der Steuerpflicht hängt von dem in den einzelnen Gesetzen geregelten Steuertatbestand ab. So ist der Bezug des einen gewissen Betrag übersteigenden Einkommens während eines Jahres der Tatbestand für die Entstehung der Einkommensteuer, der Übergang eines Vermögens von Todes wegen der Tatbestand für die Entstehung der Erbschaftsteuer. Ein ungefähres Bild von den einzelnen Steuertatbeständen kann man sich vielfach schon aus dem Namen der Steuer machen. Hier sei nur einiger rechtlich bedeutsamer Formen gedacht, in denen die Steuerpflicht entsteht. Sie beziehen sich auf die Entstehung der Veranlagungssteuern einerseits, der Zölle und gewisser Verbrauchssteuern andrerseits.

a) Die Entstehung der Steuerpflicht bei den Veranlagungssteuern konnte man früher mit der Entstehung des Strafvollstreckungsanspruchs vergleichen[1]. Wie dieser nicht schon mit der Straftat entsteht, sondern erst mit der Rechtskraft des Strafurteils, so entstand früher die Steuerpflicht bei Veranlagungssteuern meist erst mit dem Verwaltungsakte der Veranlagung. Bis dahin war nur eine Pflichtigkeit vorhanden, keine wirkliche Pflicht, daher auch zwei Verjährungen, eine für die Möglichkeit der Veranlagung, die andere für die Möglichkeit der Vollstreckung. Im Gegensatze dazu standen die nicht zu veranlagenden Steuern, wie Zölle, Verbrauchssteuern, Stempelsteuern, die sofort mit Vollendung des sachlichen Tatbestandes entstanden waren.

Die AO. hat mit dieser Unterscheidung aufgeräumt. Nach § 81 I entsteht die Steuerschuld, „sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Steuer knüpft. Daß es zur Feststellung der Steuerschuld noch der Festsetzung des Betrags bedarf, schiebt die Entstehung nicht hinaus“. Die Bestimmung ist wichtig für die Frage der Verjährung und die Geltendmachung der Steuer im Konkurse.

b) Bei den Zöllen und gewissen Verbrauchssteuern ist Voraussetzung für die Entstehung der Steuerpflicht der Übergang der steuerpflichtigen Ware in den freien Verkehr[2]. Das geltende Recht gibt eine Reihe von Möglichkeiten, diesen Zeitpunkt hinauszuschieben oder sonstwie zu beeinflussen. Am einfachsten liegen die Verhältnisse im Zollausland innerhalb Deutschlands, also in den Zollausschlüssen und Freihäfen[3]. Solange sich die Ware hier befindet, hat die Erfüllung des zollpflichtigen Tatbestandes auch nicht zum Teile begonnen. Den

---

[1] Otto Mayer I S. 331.

[2] Vgl. zum folgenden die Edlefsen-Leitbücher für Zoll- und Verbrauchssteuergesetze, her. von Kofes, namentlich die Bände 2 (Vereinszollgesetz), 3c (Begleitscheinregulativ), 4a (Niederlage-, Privatlager-, Weinlagerregulativ).

[3] Vgl. RGes. v. 27. Jan. 25 über die Änderung des Gebiets der Zollausschlüsse in Seehäfen.

Freihäfen verwaltungsmäßig angeglichen sind die mit einem Hafen in Verbindung stehenden Freiläger oder Freibezirke. Auch für die hierher verbrachten Waren entsteht die Zollpflicht noch nicht. Dagegen entsteht die Zollpflicht bedingt bei Verbringung der Ware in eine allgemeine oder eine beschränkte öffentliche Niederlage; mit Rücksicht darauf, daß die Niederlage unter Zollverschluß steht, fällt die bedingt entstandene Zollschuld fort, wenn die Waren verderben, da sie dann nicht die Bedingung — Übergang in den freien Verkehr — erfüllen. Hauptzweck der öffentlichen Niederlage ist Begünstigung des — zollfreien — Transitverkehrs; die Zollpflicht entfällt nämlich auch nach Verbringung der Ware ins Zollausland. Ähnliche Wirkungen hat die Versendung einer Ware mit Begleitschein I, ferner Lagerung der Ware in einem Privat-Transitlager mit Zollverschluß. Bei einem Privat-Transitlager ohne Zollverschluß entsteht die Zollschuld mit der auflösenden Bedingung, daß sie hinfällig wird, wenn der Pflichtige die Ausfuhr der Waren nachweist. Dagegen handelt es sich nur um Stundung einer unbedingt entstandenen Zollschuld, wenn die Ware mit Begleitschein II versandt oder wenn sie in einem Privatkreditlager untergebracht wird. Regel ist dabei, daß spätere Änderungen der Gesetzgebung auf die einmal entstandene Schuld ohne Einfluß bleiben, doch sieht das Weinlagerregulativ einen eisernen Zollkredit in dem Sinne vor, daß auch die Festsetzung des Zollbetrages ausgesetzt bleibt und der im Augenblicke des Übergangs in den freien Verkehr gültige Zolltarif zur Anwendung kommt. Ähnliche Vorschriften galten früher für die Zuckersteuer.

**5. Endigung der Steuerpflicht.** Als Geldzahlungspflicht endigt die Steuerpflicht vor allem durch Zahlung, sei es Barzahlung, sei es Bank- oder Postschecküberweisung. Als besondere Form der Zahlung begegnet hier die Entwertung eines Steuerzeichens. So klebt der Aussteller eines Wechsels eine Wechselsteuermarke auf den Wechsel und entrichtet den geschuldeten Steuerbetrag durch Entwertung der Marke. Der Kauf der Marke war noch nicht die Entrichtung der Steuer. Wohl fließt der beim Kauf entrichtete Betrag endgültig dem Vermögen des Steuerberechtigten zu, um den gleichen Betrag vermindern sich aber dessen künftige Einnahmen, solange die Marken nicht entwertet sind. Der für den Kauf schuldig gebliebene Betrag ist daher an sich keine Steuerschuld, sondern höchstens sinngemäß wie eine solche zu behandeln, ein Gedanke, dem die AO. seit dem Änderungsgesetz vom 22. Dezember 1929 Rechnung trägt (§ $79^{\mathrm{III}}$).

Als weitere Endigungsgründe kommen in Frage Aufrechnung (AO. § 103), Niederschlagung wegen Aussichtslosigkeit der Beitreibung (§ 107), Erlaß aus Billigkeitsgründen (§ 108), Verjährung (§ 121).

Einen formalen Endigungsgrund der Steuerpflicht bildet die Rechtskraft des Steuerbescheids, sofern das Gesetz sie mit allen ihren Wirkungen anerkennt. In ihrer fiskalischen Art mißgönnt indessen die AO. dem Bürger diese Wohltat in den meisten Fällen. Das Finanzamt kann allerdings, anders als das Hauptzollamt, einen unanfechtbar gewordenen Steuerbescheid nur mit Zustimmung des Steuerpflichtigen und dann nur zu dessen Nachteil ändern (§ $76^{12}$). Hat es also z. B. 1000 RM als Steuer festgesetzt, so kann es aus den 1000 RM ohne Zustimmung des Steuerpflichtigen nicht wegen bloßer Meinungsänderung 2000 RM machen. Wohl aber kann es den Steuerpflichtigen innerhalb der Verjährungsfrist durch eine Berichtigungsveranlagung in Höhe von 2000 RM überraschen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt geworden sind, die eine höhere Veranlagung rechtfertigen, und selbst diese Schranke fällt, wenn die Aufsichtsbehörde bei einer Nachprüfung Fehler entdeckt, deren Berichtigung eine höhere Veranlagung rechtfertigt (§ 212); dem Finanzamt ist es aber ein Leichtes, das Landesfinanzamt auf einen solchen Fehler aufmerksam zu machen. Nur bei den Steuern vom Einkommen, vom Ertrage, vom Umsatz und vom Vermögen, ausschließlich der Erbschaftsteuer,

fällt dies Eingreifen der Aufsichtsbehörde fort, so daß hier, abgesehen von neuen Tatsachen und Beweismitteln, wirklich eine Rechtskraft zugunsten des Steuerpflichtigen besteht. Auf die mit der Rechtskraft der Rechtsmittelentscheidungen zusammenhängenden Fragen sei hier nicht näher eingegangen.

**6. Schutz des Steuerpflichtigen und Schutz der Steuerverwaltung.** Der Rechtsschutz im Reichssteuerrecht ist so gestaltet, daß der Steuerpflichtige den Steuerbescheid des Finanzamts mit dem Einspruch, den Einspruchsbescheid des Finanzamts und, mit Einwilligung des Finanzamtsvorstehers, auch den Steuerbescheid unmittelbar mit der Berufung an das Finanzgericht und dessen Urteil mit der Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof anfechten kann, während die Anfechtung eines Steuerbescheids des Hauptzollamts an das Landesfinanzamt geht und dessen Entscheidung ebenfalls der Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof ausgesetzt ist (AO. §§ 217ff.).

Der Schutz der Steuerverwaltung besteht neben der uns wohlbekannten Möglichkeit der Beitreibung des geschuldeten Betrages und dem Steuerstrafrecht[1] in einer Reihe von Sicherungen und Hilfspflichten, die die Steuerverwaltung geltend machen kann. Eine gesetzliche Sicherung bietet dem Hauptzollamt die Haftung der steuerpflichtigen Erzeugnisse und der zollpflichtigen Gegenstände für die auf ihnen lastenden Abgaben (AO. § 101), als Sicherungsmaßnahmen für den Einzelfall steht den Finanz- und Hauptzollämtern u. a. die Anordnung des dinglichen Arrests, des persönlichen Sicherheitsarrests und der Vermögensbeschlagnahme zur Verfügung (§§ 351ff.). Hilfspflichten aber sind begründet durch die von Otto Mayer[2] so benannten Finanzbefehle, die das Gesetz entweder unmittelbar ausspricht, wie den Befehl zur Buchführung (§ 162) und das Verbot eines erdichteten Kontos (§ 165), oder den Finanzämtern zur Verfügung stellt, wie die Aufforderung zur Abgabe einer Steuererklärung (§§ 168ff.), zur Erteilung von Auskünften (§ 177), zur Vorlegung von Büchern und Geschäftspapieren (§ 186).

## V. Monopole.

Gehen derartige Finanzbefehle so weit, dem einzelnen die Gewinnung, Herstellung, Bearbeitung und namentlich den Verkauf gewisser Gegenstände zu verbieten mit dem Zwecke, dem Staate oder einem sonstigen Träger öffentlicher Gewalt den Nutzen aus solcher Betätigung allein zu sichern, so erzeugt das Gesetz damit ein Monopol[3]. Der fiskalische Zweck ist wesentliches Begriffsmerkmal, da man sonst das Monopol von dem im öffentlichen Interesse eingeführten, von früher her so benannten Regal, z. B. dem Postregal, Münzregal, nicht unterscheiden kann. Beide Ausdrücke werden nicht immer auseinandergehalten. Die sog. Gemeindemonopole kraft Polizeiverordnung, z. B. das Fäkalienabfuhr- oder das Müllabfuhrmonopol, sind, wenn überhaupt, so nur als Regalien zulässig, da sonst die das Alleinrecht anordnende Polizeiverordnung ohne weiteres, weil im fiskalischen Interesse erlassen, ungültig wäre.

So gibt es in Preußen ein Bernsteingewinnungsmonopol[4], in Sachsen ein ausschließliches staatliches Kohlenbergbaurecht[5], ebenso in einigen Provinzen Preußens für Braunkohle, Steinkohle und Erdöl[6]. Das ausgeprägteste Monopol ist aber zur Zeit das zugunsten des Reichs eingeführte Branntweinmonopol nach dem Reichsgesetz vom 8. April 1922. Dies Monopol ist nur in beschränktem Maße Herstellungsmonopol; nur für die Herstellung des Branntweins aus Zellstoffen, Kalziumkarbid und anderen ungebräuchlichen Stoffen behält sich das Reich das Alleinrecht vor. Vor allem ist es Einfuhr-, Übernahme-, Reinigungs-, Verwertungs-

[1] Vgl. oben S. 333, 349ff. [2] I S. 348ff.
[3] Von μόνος = allein, πωλεῖν = Handel treiben, verkaufen.
[4] G. v. 22. Febr. 67 Art. IV § 1. [5] Sächs. G. v. 14. Juni 18 § 1.
[6] G. v. 3. Jan. 24 Art. I, G. v. 22. Juli 29.

und Handelsmonopol. Von Ausnahmen abgesehen, hat jeder, der Spiritus brennt, das Erzeugnis an die Reichsmonopolverwaltung zum Branntweinübernahmepreis abzuliefern. Die Monopolverwaltung reinigt den Branntwein und verwertet ihn entweder durch Verkauf in unverarbeitetem Zustande oder durch Verkauf des zu einfachem Trinkbranntwein verarbeiteten Branntweins. Feinere Schnäpse darf sie nicht herstellen. Beim Verkaufe ist auf alle Fälle eine Reineinnahme von vierhundert Reichsmark für das Hektoliter Weingeist zugunsten der Reichskasse zu erzielen (§§ 84, 86).

Ganz anders gestaltet sich das sog. Süßstoffmonopol nach dem Reichsgesetz vom 14. Juli 1926. Es ist kein Monopol zugunsten des Reichs, sondern der Personen, denen die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrats die Erlaubnis zur Herstellung und zur Einfuhr von Süßstoff erteilt hat, und auch für diese Personen kein Monopol im strengen Sinne, da der Kreis der Berechtigten nicht geschlossen ist, die Erlaubnis überdies jederzeit widerrufen werden kann. Die aus dem Monopol gezogene Reichseinnahme aber ist eine echte Steuer. Das Gesetz nennt sie auch so. „Der Süßstoffsteuer unterliegt der Übergang von Süßstoff in den freien Verkehr" (§ 2[I]). Sie ist eine Verbrauchssteuer im Sinne der Reichsabgabenordnung (§ 7). Auch das sog. Maismonopol nach dem Reichsgesetz vom 26. März 1930 läßt sich mit dem Branntweinmonopol nicht vergleichen. Es ist keine Maßnahme der Finanzverwaltung, sondern eine solche zur Stützung des Roggens durch Verteuerung des Maises. Dagegen stellt sich das im Zusammenhang mit einer Auslandsanleihe eingeführte Zündwarenmonopol nach dem Reichsgesetz vom 29. Januar 1930 wieder als ein richtiges Finanzmonopol dar. Das Reich überträgt durch dieses Gesetz das Bezugs-, Einfuhr- und Ausfuhrmonopol für Zündwaren auf die Deutsche Zündwaren-Monopolgesellschaft und gestattet auch die Herstellung von Zündwaren nur solchen Unternehmern, denen nach Maßgabe des Gesetzes eine Beteiligungsziffer zusteht. Aus dem Reingewinn der Gesellschaft erhält das Reich, nach Abzug der Tantiemen und einer Dividende von acht v. H., für jede von der Gesellschaft abgesetzte Normalkiste (= 600000 Zündstäbchen) z. Z. dreizehn Reichsmark, darüber hinaus die Hälfte des verbleibenden Gewinnrestes. Das Zündwarensteuergesetz vom 9. Juli 1923 gilt daneben weiter.

## § 18. Enteignung und öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung.

Otto Mayer II S. 1ff., 22ff., 107ff., 118ff., 295ff., 311ff.; Fleiner S. 289ff., 332ff.; Schoen S. 272ff., 279ff.; Hatschek S. 272ff., 279ff., 467f.; G. Meyer-Anschütz S. 969ff.; G. Meyer-Dochow S. 230ff.; Herrnritt S. 394ff., 406ff.

Kommentare zu RV. Art. 153, insbes. Anschütz und — in Nipperdey III S. 196ff. — Schelcher; Martin Wolff Reichsverfassung und Eigentum, Festg. f. Kahl 1923 IV; Köttgen in: Beiträge zur Wasserwirtschaft I 1925 S. 77ff.; Krückmann Enteignung und Einziehung nach alter und neuer Reichsverfassung 1925; derselbe, JW. 1928 S. 646ff. u. LeipzZ. 1929 Sp. 1241ff.; derselbe Enteignung, Einziehung, Kontrahierungszwang usw. 1930; Reiss Verbot der entschädigungslosen Enteignung als Schranke für den Gesetzgeber, DanzJMSchr. 5 (1926) S. 49ff.; derselbe Wandlungen im Enteignungsbegriff, ebenda 10 (1931) S. 2ff.; Hofacker Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen 1926 u. spätere Schriften; Schelcher Eigentum und Enteignung nach der Reichsverfassung, FischersZ. 60 (1927) S. 137ff.; derselbe Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung, ArchÖffR. 57 (1930) S. 321ff. E. R. Huber Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung 1927 (hierzu — Enteignung von Friedhöfen — auch Riess DJZ. 1929 Sp. 1408f. u. G. Holstein VerwArch. 35, 1930, S. 105ff.); A. Riess Enteignungstypen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, LeipzZ. 1928 Sp. 217ff.; Soelling Eigentumsbeschränkung und Enteignung, JurRdsch. 4 (1928) S. 40ff.; C. Schmitt Die Auflösung des Enteignungsbegriffs, JW. 1929 S. 495ff.; W. Jellinek Eigentumsbegrenzung und Enteignung, Gutachten f. d. 36. DJT. 1930 S. 292ff.; R. Schilling Die öffentlichrechtlichen Beschränkungen der Eigentumsfreiheit, Bonn. Diss. 1930; Kirchheimer Grenzen der Enteignung 1930; Bornhak Eigentum und Enteignungsrecht, DanzJMSchr. 10 (1931) S. 33ff. Aufsätze von Hamelbeck JurRdsch. 1929 S. 257ff., Schlichting JW. 1929 S. 1547f., Pollwein LeipzZ. 1929 Sp. 977ff., Scheuner ebenda Sp. 1169ff., Benedicenti ZÖffR. 10 (1931) S. 527ff.

Durniok Entstehung d. heut. Enteignungsrechts aus den Besonderheiten des Eisenbahnbaus, ArchEisenbW. 52 (1929) S. 1405ff. u. Forts. — G. Meyer Das Recht der Expropriation

1868; GRÜNHUT Das Enteignungsrecht 1873; SCHELCHER Rechtswirkungen der Enteignung 1893; DERSELBE Art. „Enteignung" im WStVR. I; LAYER Prinzipien des Enteignungsrechtes 1902; REHFISCH Die rechtliche Natur der Enteignung 1916; WITTMAYER Art. „Enteignung" im HWBStW. III[4] 1926; REUSS Recht der Enteignung, Stusev. 1927 S. 199ff., 224ff., 245ff., 272ff.; STULZ Art. „Enteignung" im RvglHW. III 1929. — Kommentare zum preußischen Enteignungsgesetz von H. LUTHER[2] 1906, F. SEYDEL[4] 1911, HOPF 1911, G. EGER[3] 1911 (große Ausgabe in zwei Bänden), G. EGER[2] 1913 (Handausgabe in einem Bande), KOFFKA[2] 1913, O. MEYER[3] 1927, KERSTEN 1929 (in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze III[17] S. 489ff.). — LAFORET Bay. Zwangsabtretungsgesetz 1910, Nachtr. v. ZIEGLER 1918; SCHELCHER Sächs. Enteignungsgesetz[2] 1930 (mit ausgezeichneter Einleitung); SÜPFLE Bad. Enteignungsrecht 1903; JANZER Bad. Enteignungsgesetz 1909; SOMMER Thür. Enteignungsgesetz (1930). — H. MÜLLER Das Expropriationsrecht in der Schweiz 1914.

WAHLE Die sächs. Bergbauberechtigung als Gegenstand d. Enteign., FischersZ. 65 (1930) S. 305ff.; vgl. auch WERNEBURG ebenda 64 (1929) S. 85ff. — BARING Enteignung für Reichsbahnen durch Landesbehörden, FischersZ. 64 (1930) S. 283ff. — BREDT Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen 1909; EMERICH Art. „Zonenenteignung" im HWBKommunalW. IV. — ERK Die für die Wertfestsetzung im Enteignungsverfahren maßgebende Zeit, OldZ. 46 (1919) S. 145ff. — FLEINER Öffentlichrechtliche Vorteilsausgleichung, Festg. f. Heusler 1904 S. 92ff., namentlich 111ff.; REISS Grundstückswert und Vorteilsausgleich bei der Enteignung, EisenbE. 26 (1910) S. 220ff. — G. MEYER Der Eigentumserwerb bei der Enteignung, Heidelb. Festg. f. BEKKER 1899 S. 109ff. — O. FISCHER Expropriationsverträge 1910; IHNEN Enteignung und freihändiger Grunderwerb, PrVerwBl. 41 (1920) S. 97ff.

GUBA Die Enteignung nach dem Reichssiedlungsgesetze, FischersZ. 52 (1921) S. 1ff.; Kommentare zum Reichssiedlungsgesetz von PONFICK-WENZEL-BÖLEFAHR[3] 1930, v. GEHE-SALA[2] 1926, zum Reichsheimstättengesetz von KRÜGER-WENZEL[3] 1930, zu den preußischen Siedlungsgesetzen von PONFICK-SCHMITTMANN 1920, KRAUSE[2] 1922, HAACK 1922. Vgl. ferner PELTZER Gesetz über Landeskulturbehörden 1923; HAACK Grundriß des in Preußen geltenden Agrarrechts 1927; H. PETERS in v. BRAUCHITSCH Pr. VerwGes. IV[17] 1926 S. 8ff., 86ff., 158ff., 193ff. — WOERNER Bay. Ödlandgesetz 1925; RUSCH Bodenrecht in Sachsen 1930; HEYDENREICH Pachtschutz-, Siedlungs-, Heimstätten- und Kleingartenrecht in Thüringen 1924. — M. v. SEYDEL u. a. Art. „Feldbereinigung" im WStVR. I; GLATZEL, PELTZER u. a. Art. „Gemeinheitsteilungen (Zusammenlegungen)" im WStVR. II; DEUBEL Die Umlegung der Grundstücke in Preußen 1928; Kommentare zur pr. Umlegungsordnung von PELTZER 1921, HOLZAPFEL 1921, zum bay. Flurbereinigungsgesetz von SEUBELL 1923 (mit Nachtrag 1925), zum württ. Feldbereinigungsgesetz von GAUPP, zum bad. von WIENER-BUCHENBERGER[2] 1906. — E. v. ZIEGLER Die Umlegung von Baugrundstücken, AnnDR. 1906 S. 242ff.; EMERICH Art. „Umlegung" im HWBKommunalW. IV; ROHLEDER Kommentar lex Adickes 1929. — H. LEHMANN Die Kriegsbeschlagnahme 1916; PROEGLER Die Schiffsrequisition 1918; WALDECKER Die Kriegsenteignung 1919; DERSELBE Die Abgeltung von Ansprüchen an das Reich 1921; GEH Gültigkeit des Art. 28 bay. WasserG.? BayGemZ. 39 (1929) Sp. 8ff.; REISE Die Enteignung von Rechten nach preußischem, hamburgischem und Reichsrecht 1929. Über Fideikommißauflösung u. RV. G. HOLSTEIN 1930, MIELKE 1930. — FR. EULENBURG Arten und Stufen der Sozialisierung 1920; FRIEDLAENDER Sozialisierung, in NIPPERDEY III S. 322ff.; ERWIN JACOBI Die Verstaatlichung des Kohlenzehnten, FischersZ. 50 (1919) S. 181ff.; FÖRSTER Zur Aufhebung der Kohlenzehnten, FischersZ. 51 (1920) S. 83ff. — Über die Verfassungsmäßigkeit des § 118 ArbGG. KÜSTNER Stusev. 1927 S. 592f., A. ARNDT JurRdsch. 1929 S. 22ff.

OTTO MAYER Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht 1904; DERSELBE Art. „Entschädigungspflicht des Staates" im WStVR. I; ANSCHÜTZ Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, VerwArch. 5 (1897) S. 1ff.; E. WALZ Über die Entschädigungspflicht bei rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt nach badischem Landesrecht, BadVerwZ. 1901 S. 233ff., 245ff., 253ff.; MOLITOR Über die Haftung des Staates bei Verletzung von Privatrechten, ArchÖffR. 20 (1906) S. 265ff.; VOSSEN Über das Grenzgebiet zwischen Enteignung und polizeilichem Eingriff ins Privateigentum, ArchÖffR. 22 (1907) S. 246ff.; PERLMANN Über die Entschädigung für Einwirkungen der öffentlichen Gewalt in die Privatrechtssphäre, GrünhutsZ. 34 (1907) S. 57ff.; ARNDT Über die Haftung für Eingriffe der Reichs- und der Staatsgewalt in Privatrechte, Festg. f. GÜTERBOCK 1910 S. 149ff.; KRAFT Die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit, Gruch. 60 (1916) S. 268ff., 392ff.; SCHELCHER Die Haftung des Staates für Eingriffe in Privatrechte, FischersZ. 52 (1921) S. 1ff.; DREWS Schadensersatzansprüche aus Anlaß polizeilicher Verfügungen, JW. 1922 S. 260f.; DERSELBE Polizei und Schadensersatz nach preußischem Recht, PrVerwBl. 47 (1926) S. 571ff.; FRIEDRICHS Polizeinotstand und Schadensersatz, PrVerwBl. 45 (1924) S. 2ff.; KRAUTHAUSE Die Entschädigung bei rechtmäßigen Einwirkungen der öffentlichen Gewalt auf die Interessensphäre der Privaten, Kieler Diss. 1925 (mit umfassender Nachweisung der Rechtsprechung); FURLER Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates, VerwArch. 33 (1928) S. 340ff.; STIER-SOMLO Art. „Schadensersatz, öffentlich-rechtlich" im HWBRW. V 1928 S. 266f.; H. KOCH Das Problem der öffentlich-

rechtlichen Entschädigung usw., Köln. Diss. 1928. — Abhandlungen über die Entschädigung der Straßenanlieger bei Veränderungen der Straße von KOEHNE ArchÖffR. 13 (1898) S. 545ff., WALZ BadVerwZ. 1898 S. 169ff., 181ff., G. EGER EisenbE. 20 (1904) S. 197ff., DREYER Verw.-Arch. 17 (1909) S. 195ff., 20 (1912) S. 161ff., MAUNZ BayVerwBl. 78 (1930) S. 231ff. — FLEISCHMANN Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügter Straßensperrung, EisenbE. 20 (1904) S. 286ff., 370ff.; 21 (1905) S. 309ff., 423ff. — VOELKEL Quellenschutzgesetz 1909. — BAAK Polizeiliche Obdachlosenfürsorge, Staatsnotrecht und Polizeikosten, Stusev. 1926 S. 593ff.; LEHMANN Fürsorge für zur Räumung verurteilte Mieter, PrVerwBl. 47 (1926) S. 292ff.; BAAK Polizeiliche Maßnahmen bei Obdachlosigkeit, ebenda S. 319ff.; BEHRENS desgl., RVerwBl. 52 (1931) S. 186ff. Über die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe des Wohnungsamtes AUERBACH JW. 1924 S. 788ff., FRIEDRICHS „Das Mietgericht" 1 (1926) S. 23ff., BAAK PrVerwBl. 49 (1927/28) S. 17ff., 33ff., C. ROSENBERG JW. 1928 S. 454ff., MENDELSOHN OldZ. 56 (1929) S. 132ff. — BITTER-SALINGER-PAULSDORFF Kriegsschädenschlußgesetz 1928; SCHALFEJEW-LAZARUS desgl. 1928.

STIER-SOMLO Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum, VerwArch. 18 (1910) S. 140ff.; 19 (1911) S. 43ff.; G. HOLSTEIN Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung 1921; RUCK Das Eigentum im schweiz. Verwaltungsrecht, Festg. f. SPEISER 1926 S. 16ff. LUNDSTEDT Das trojanische Pferd, Pr. Jahrbücher 212 (1928) S. 175ff. — DIERSCHKE Ortsstatutarische Bauverbote 1907; PIUTTI-BREDT Das kommunale Bauverbot 1909; HAASE Das ortsstatutarische Bauverbot 1912; HOFACKER Zur Baufreiheit, PrVerwBl. 40 (1919) S. 561f.; GehRegRat. FISCHER Die Beschränkungen der Ausnutzung des Grund und Bodens durch Baupolizeivorschriften nach dem bisherigen Recht und ihre Fortbildung im Städtebaugesetzentwurf, PrVerwBl. 47 (1926) S. 485ff.; RIESS Entschädigung für Baubeschränkungen, Stusev. 1927 S. 475ff.; W. JELLINEK Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen 1929. Über die gleiche Frage die in meinem Gutachten f. d. 36. DJT. 1930 S. 319 Genannten, die Dissertationen von GLEUE (Hamburg 1930) und HOLTZMANN (Gießen 1930), sowie zahlreiche Aufsätze im Jahrgang 1930 der Zeitschriften DWohnArch. (auch 1929 u. 1931), ZWohnWes., Stusev., ZSelbstv., Städtetag, Landgemeinde, JurRdsch. Vgl. noch BERTRAM Das Fluchtlinienurteil des RG., VerwArch. 35 (1930) S. 411ff.; DOHN Ist Baulinienziehung auch in Bayern entschädigungspflichtig? BayGemZ. 40 (1930) Sp. 609ff., hierüber auch KAHN, DOHN, DITTMANN ebenda 41 (1931) Sp. 223ff., 249ff., 273ff. — HENSEL Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht, ArchÖffR. N. F. 14 (1928) S. 321ff.; FRHR. v. DUNGERN Fällt der Naturschutz unter den Begriff der Enteignung? JurRdsch. 3 I 1927 Sp. 646ff.; SCHULT Enthält das meckl.-schw. Denkmalschutzgesetz eine Enteignung? MecklZ. 47 (1931) Sp. 325ff. — EDLER VON BRAUN Bay. Güterzertrümmerungsgesetz² 1911; A. LEHMANN Das Dismembrationswesen in Sachsen 1908. OTTO MAYER Art. „Leinpfad" im WStVR. II. Kommentare zum Telegraphenwegegesetz von v. ROHR 1900, W. SCHELCHER 1900, HOTZ 1910.

Mit dem Gelde, das er sich kraft seiner Finanzhoheit verschafft hat, wird der Staat meist auch die Gegenstände käuflich erwerben können, deren er für die Erfüllung seiner Aufgaben bedarf. Bei beweglichen Sachen wird dies fast immer der Fall sein, da er, wenn der eine Eigentümer hartnäckig an seinem Besitze festhält, in gewöhnlichen Zeiten einen andern finden wird, der eine ähnliche Sache gegen Geld hergibt. Anders beim Grundeigentümer, der das Erbe seiner Väter überhaupt nicht oder nur gegen einen wucherischen Preis zu verkaufen gewillt ist. Der Staat, der eine Bahnlinie oder eine Straße bauen möchte, kann sich nicht um eines einzelnen willen zwingen lassen, einen Umweg zu machen oder den Plan aufzugeben. Es muß ihm gestattet sein, sich des Grundstücks, dessen er bedarf, auch gegen den Willen des Eigentümers zu bemächtigen oder doch wenigstens eine Dienstbarkeit darauf zu legen, die ihm die Durchführung des geplanten Unternehmens ermöglicht. Das diesem Zwecke dienende Mittel ist die Enteignung.

## I. Die klassische Enteignung.

Aus der Zeit vor der Neuordnung haben sich die allgemeinen Enteignungsgesetze der Länder fast unverändert in die heutige Zeit herübergerettet. Man kann die in ihnen geregelte Enteignung als die klassische Enteignung bezeichnen und sie umschreiben als die Entziehung oder Belastung von Grundstücken oder dinglichen Rechten an ihnen, soweit die Maßnahme für ein bestimmtes öffentliches Unternehmen nötig ist, durch Verwaltungsakt gegen Entschädigung.

**1. Gesetzliche Grundlage.** Es ist klar, daß die Enteignung als besonders schwerer Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen der gesetzlichen Grundlage bedarf. Schon die früheren Verfassungen hoben dies ausdrücklich hervor[1] im Anschluß an Art. 17 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte und in Erinnerung an die Zeiten des Polizeistaats, da der Landesherr unter Berufung auf ein ius eminens in das Eigentum seiner Untertanen eingreifen konnte. Um kommunistischen Bestrebungen einiger Länder einen Riegel vorzuschieben, hat die Reichsverfassung den Grundsatz jetzt von Reichs wegen ausgesprochen: „Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden" (Art. $153^{II}$). Das Reich könnte jetzt auch ein umfassendes Enteignungsgesetz erlassen, da ihm hierzu die Gesetzgebungsgewalt neben der der Länder zusteht (Art. $7^{12}$). Es hat aber bisher Enteignungsgesetze nur für Einzelzwecke erlassen, z. B. zur Ausführung des Friedensvertrags[2], so daß nach wie vor Hauptquelle für das Enteignungsrecht die Enteignungsgesetze der Länder sind. Da unter ihnen in den grundlegenden Fragen im wesentlichen Übereinstimmung herrscht, läßt die Darstellung des preußischen Rechts[3] vermuten, daß die Verhältnisse in den andern Ländern ähnlich liegen. Bayern zeichnet sich allerdings, wie so oft, auch hier durch gewisse Eigentümlichkeiten aus. Auch auf die Besonderheiten anderer Länder wird gelegentlich hinzuweisen sein.

**2. Gegenstand der Enteignung** im klassischen Sinne ist vor allem das Eigentum an Grundstücken. Das Grundstück wird zu dem Zwecke enteignet, um vom Eigentum des einzelnen in das Eigentum dessen überzugehen, für den es enteignet wird. Unter Umständen genügt aber schon die Belastung des Grundstücks mit einer Dienstbarkeit, z. B. der Pflicht, nicht zu bauen, oder einem Erbbaurecht für die Zwecke einer Siedelung. Die Belastung mit Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden oder mit Reallasten dagegen rechtfertigt sich nicht, da es hier an der Notwendigkeit für das Unternehmen fehlt. Es wäre auch die verkehrte Welt, wenn der Staat eine Geldlast auf das Grundstück legen wollte, für die er doch wiederum in Geld entschädigen muß. Die Zeiten der Inflation, wo derartiges Sinn gehabt hätte, sind vorbei, aber auch damals fehlte die Unentbehrlichkeit der Last für das zu begünstigende Unternehmen. Aus einem ähnlichen Grunde eignet sich auch das Vorkaufsrecht nicht als eine durch Enteignung aufzuerlegende Last. Denn entweder ist das Grundstück für das Unternehmen unentbehrlich, dann ist die Vollenteignung das Gegebene, oder es ist nicht unentbehrlich, dann fehlt die Möglichkeit eines Eingriffs überhaupt. So bleiben also nur Dienstbarkeit und Erbbaurecht. Möglicherweise ist aber das Grundstück bereits mit einer für das Unternehmen genügenden Dienstbarkeit oder einem Erbbaurecht belastet. Dann ist Gegenstand der Enteignung nicht eine Belastung des Grundstücks, sondern die Entziehung des auf dem Grundstücke lastenden Rechts[4].

**3.** Die **bei der Enteignung Beteiligten** sind, ähnlich wie in einem gerichtlichen Verfahren, der Antragsteller, der Staat und der zu Enteignende. Nach den klassischen Enteignungsgesetzen wird die Enteignungsbehörde nie von Amts wegen tätig.

Antragsteller, meist „Unternehmer" genannt, kann das Reich, das Land, eine Gemeinde oder auch eine Privatperson sein, sofern nur die Enteignung für ein öffentliches Unternehmen erforderlich ist. Als private Antragsteller kommen vor allem Eisenbahngesellschaften in Betracht. Aber auch Unternehmungen, die an sich Aufgabe der Gemeinde wären, für die es aber an Mitteln fehlt, und an die sich daher zunächst Privatpersonen wagen, wie Bau eines Hallenbades, Kanalisation einer Stadt, berechtigen einen Privaten zur Antragstellung.

---

[1] Z. B. bay. VerfUrk. v. 26. Mai 18 Tit. IV § $8^{IV}$; pr. VerfUrk. v. 31. Jan. 50 Art. 9.
[2] G. v. 31. Aug. 19. [3] G. ü. d. Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 74.
[4] So ausdrücklich z. B. sächs. EnteignG. v. 24. Juni 02 § 1.

Der Staat ist immer Enteigner im genauen Wortsinn, während man ungenau auch den Antragsteller als Enteigner zu bezeichnen pflegt. Ohne staatlichen Ausspruch ist eine Enteignung unmöglich. Staat aber bedeutet bei den klassischen Enteignungen das Land der belegenen Sache, nicht das Reich. Auch das Reich muß sich bei Enteignungen in die Rolle des Antragstellers bequemen. Selbst wo nach der RV. die „Enteignungsbefugnis“ auf das Reich übergegangen ist, wie bei den vom Reiche übernommenen Eisenbahnen, steht der Enteignungsbeschluß selbst[1] dem Lande zu.

Der zu Enteignende kann jedermann sein, auch das Reich, das Land, eine Gemeinde, soweit sie das zu enteignende Grundstück rein privatwirtschaftlich nutzen. Dient das Grundstück dagegen dem öffentlichen Gebrauche, wie eine Straße, oder wird es auch nur als Dienstgebäude benutzt[2], dann steht der Enteignung das allgemeine Bedenken entgegen (oben S. 188f.), daß eine Hoheitsverwaltung nicht in den Bereich einer andern Hoheitsverwaltung hineinregieren darf, es sei denn, daß das Gesetz es ausdrücklich gestattet[3]. Noch eine andere Begrenzung hat der Kreis der zu Enteignenden: Antragsteller und zu Enteignender dürfen nicht dieselbe Person sein. Braucht der Innenminister ein vom Finanzminister verwaltetes Grundstück, dann muß er sich mit diesem zu einigen suchen und nötigenfalls die Entscheidung des Staatsministeriums herbeiführen. Eine Enteignung wäre unnötig und daher unzulässig.

4. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Enteignung ist ihre **Notwendigkeit für ein öffentliches Unternehmen.** Als einziges Land macht Bayern[4] eine nähere Erläuterung des Begriffes überflüssig, da es die enteignungsfähigen „Unternehmungen“ einzeln aufführt: Erbauung von Schulhäusern, Spitälern, Herstellung neuer Gottesäcker, Anlegung von Straßen, Errichtung von Elektrizitätswerken u. dgl. Sonst begnügt man sich mit einer Generalklausel: „für ein dem öffentlichen Nutzen gewidmetes Unternehmen“ (Sachsen § 1), „aus Gründen des öffentlichen Wohles für ein Unternehmen, dessen Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechtes erfordert“ (Preußen § 1). Doch ermächtigt diese Klausel nicht zu allem. Verboten ist die Enteignung im Privatinteresse, dem das rein fiskalische Interesse des Staates gleichsteht. Aber auch das öffentliche Interesse schlechthin genügt nach der strengeren, vom Landesgesetzgeber selbst anerkannten Auffassung nicht, um die Enteignung zulässig zu machen. Es müssen gewisse äußere Veranstaltungen sein, denen das Grundstück dienen soll, nach Art etwa der im bayerischen Gesetze aufgezählten Fälle; eine bloße Idee, wie Stärkung des Deutschtums in der Grenzmark, genügt nicht, daher für solche Zwecke Preußen ein besonderes Gesetz erlassen mußte[5]. Die RV. allerdings beschränkt die Enteignung nicht auf den Fall der Notwendigkeit für ein öffentliches Unternehmen (Art. 153 II). Aber wir sprechen vorläufig noch von der klassischen Enteignung, der jene Beschränkung in der Tat eigentümlich ist.

Ist das Unternehmen an sich tauglich für die Anwendung des Enteignungsgesetzes, so ist zu prüfen, ob das begehrte Grundstück notwendig für das Unternehmen ist. Bloße Geeignetheit des Grundstücks genügt nicht. Namentlich ist die Notwendigkeit zu verneinen, wenn der Vorteil, den das Grundstück für das Unternehmen bietet, aufgewogen wird durch den Nachteil, den die Enteignung des Grundstücks, vielleicht einer berühmten Ruine, für die Allgemeinheit bedeuten würde. Fehlt sogar die Geeignetheit, so ist die Zulässigkeit der Enteignung ohne weiteres

---

[1] Im Gegensatze zur Planfeststellung: RStGH. 30. Juni 23, RGZ. 107, 1*ff.; RBahnG., Bek. v. 13. März 30, § 38 II. Vgl. auch WEYER Die Gemeinden und die Reichsbahngesellschaft, PrVerwBl. 48 (1927) S. 609ff., 625ff.

[2] In diesem letzten Falle andr. Ans. OTTO MAYER II S. 16.

[3] Ausdrücklich verbietet es RBahnG. § 38 III.

[4] G. v. 17. Nov. 37 nebst Änderungen Art. I.

[5] G. v. 20. März 08 Art. I Ziff. 10.

zu verneinen. Unzulässig ist daher mangels abweichender gesetzlicher Vorschriften[1] die mit der Enteignung von Ortsstraßengelände Hand in Hand gehende Zonenenteignung, die den Zweck hat, der Stadt billiges Baugelände zu verschaffen, das sie später teuer verkaufen kann, man müßte denn, abweichend von soeben Gesagtem, eine solche weitschauende Bodenpolitik selbst als ein öffentliches, zur Enteignung berechtigendes Unternehmen ansehen, also auch Gedankendinge unter den Begriff des Unternehmens bringen. Es bedarf daher besonderer gesetzlicher Bestimmung, wenn der Unternehmer bei Notwendigkeit eines bloßen Teilgrundstücks berechtigt sein soll, Enteignung des ganzen Grundstücks zu verlangen. Das sächsische Gesetz enthält eine solche Vorschrift (§ 13^II^), während Preußen (§ 9) und Bayern (Art. III) nur ein Recht des zu Enteignenden gegen den Unternehmer auf Übernahme des Restgrundstücks kennen.

Diese Zweckgebundenheit des Grundstücks zeigt sich noch einmal nach Durchführung der Enteignung. Der Unternehmer gibt sein Vorhaben auf oder ändert es derart, daß er des Grundstücks nicht mehr bedarf. Die Gesetze pflegen für diesen Fall eine Rückübertragung des Grundstücks an den Enteigneten vorzusehen, in Preußen allerdings nur bei Teilenteignungen zugunsten des Eigentümers des verkleinerten Grundstücks und nur in der Form eines gesetzlichen Vorkaufsrechts (§ 57), während Bayern (Art. XII^IV^) und Sachsen (§ 83) dem Enteigneten auch bei Enteignung des ganzen Grundstücks einen Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks einräumen.

5. Die **Entschädigung** liegt dem ob, zu dessen Gunsten enteignet wird. Sie ist bei der klassischen Enteignung in Geld zu zahlen. Geleistet wird sie an den zu Enteignenden. Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubiger erhalten aus der Hauptentschädigungssumme den ihnen zukommenden Anteil vorweg, während sonstige Nebenbeteiligte, insbesondere auch Pächter und Mieter, in gewissen Grenzen einen besonderen Entschädigungsanspruch gegen den Unternehmer geltend machen können (pr. Ges. § 11).

Über die Bemessung der Entschädigung sagt das preußische Gesetz nur, daß sie vollständig sein müsse (§ 1). Die Rechtsprechung deutet die Bestimmung mit Recht dahin, daß neben dem gemeinen Werte des Grundstücks auch der Schaden zu ersetzen sei, den gerade der zufällige Eigentümer durch die Enteignung erleidet[2]. Andere Gesetze haben diesen Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen[3]. Tatsache ist, daß sich die Enteigneten meist nicht zu beklagen haben. Auch weiß der Staat, daß er durch freihändigen Ankauf billiger zum Ziele zu kommen pflegt als durch Enteignung, und richtet sich danach ein.

Im übrigen enthält die Entschädigungslehre eine Reihe von Streitpunkten. Einer der wichtigsten betrifft die sog. Vorteilsausgleichung. Der Eigentümer wird zugunsten einer neu zu bauenden Landstraße enteignet, gerade diese Landstraße aber vermehrt den Wert der ihm verbliebenen Grundstücke derart, daß dieser Wert vielleicht sogar höher wird als der des größeren alten Grundbesitzes vor Anlegung der Landstraße. Kann der Enteignete hier überhaupt eine Entschädigung verlangen? Man muß unterscheiden. Für das enteignete Gelände erhält er auf alle Fälle den gemeinen Verkaufswert ersetzt, hier kann der Unternehmer keine Gegenrechnung aufmachen, da sonst entschädigungslose Enteignungen möglich wären, die das Gesetz nicht will. Dagegen muß sich der Eigentümer eines Restgrundstücks bei Geltendmachung von dessen Wertminderung den Mehrwert anrechnen lassen, der ihm durch die Anlegung der Landstraße zuteil wird[4].

---

[1] Z. B. pr. G. v. 1. Apr. 05 § 16. [2] RG. V 4. Nov. 93, RGZ. 32, 298ff.

[3] Z. B. sächs. EnteignG. § 22^Ib^.

[4] So auch die vermittelnde Ansicht F. Seydels Pr. EnteignG.[4] 1911 S. 69ff. Neuere Entscheidungen zur Frage der Vorteilsausgleichung RG. V. ZivSen. 28. Sept. u. 17. Nov. 21, Gruch. 66 (1923) S. 604ff., 596ff.

Die neben der Entschädigung dem Unternehmer aufzuerlegende Pflicht zu Vorkehrungen tatsächlicher Art, die Nachbarn und Allgemeinheit gegen Gefahren und Nachteile schützen sollen (§ 14), besteht nur im Verhältnis zwischen Unternehmer und Enteignungsbehörde und begründet kein subjektives Recht der Beteiligten.

6. Der klassischen Enteignung eigentümlich ist das strenge **Verfahren**, in dem sie vor sich geht. An sich wäre denkbar, daß eine Behörde alle in Betracht kommenden Tätigkeiten ausübte: Anerkennung des geplanten Unternehmens, Festlegung der für das Unternehmen nötigen Grundstücke, Feststellung der Entschädigung, Ausspruch der Enteignung. Die Gesetze haben ein anderes Verfahren vorgezogen, an dem die höchste Staatsbehörde, eine höhere Verwaltungsbehörde und nötigenfalls die ordentlichen Gerichte beteiligt sind. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fehlt meist, eine Tatsache, die nicht auffällt, wenn man bedenkt, daß die Gewährung der Enteignungsbefugnis eine Ermessenssache ist. Allerdings hat das Ermessen in der Richtung auf den zu Enteignenden seine Grenzen und würde insofern der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung fähig sein, aber nur wenige Länder haben von dieser Erkenntnis Gebrauch gemacht und das verwaltungsgerichtliche Verfahren zugelassen. Daß sich Bayern darunter befindet[1], erklärt sich aus der dem bayerischen Enteignungsgesetze eigenen Sonderaufzählung der enteignungsfähigen Unternehmungen. Ob ein Unternehmen die Erbauung von Schulhäusern, Spitälern, Elektrizitätswerken u. dgl. bezweckt, läßt sich leichter eindeutig beantworten als die Frage, ob irgendein Vorhaben ein „dem öffentlichen Nutzen gewidmetes Unternehmen“ darstellt.

a) Erster Akt des Enteignungsverfahrens ist die Verleihung des Enteignungsrechts an den Unternehmer. Sie geschieht in Preußen durch „Verordnung“ des Staatsministeriums, die „den Unternehmer und das Unternehmen, zu dem das Grundeigentum in Anspruch genommen wird, bezeichnet“ (§ $2^{I}$). Die Verordnung wird im Amtsblatt der Regierung bekannt gemacht, in deren Bezirk das Unternehmen ausgeführt werden soll. Da die Gesetzsammlung einen Hinweis auf alle derartigen Enteignungsverordnungen enthält, kann man sich leicht ein Bild vom Umfang der preußischen Enteignungen machen. Die Verleihung ist nach preußischer Auffassung höchstpersönlicher Art, während Sachsen eine allerdings genehmigungspflichtige Übertragung des durch die Verleihung erworbenen Enteignungsrechtes vorsieht (§ 5).

b) Was jetzt folgt, ist das sog. Planfeststellungsverfahren. Der Unternehmer entwirft einen vorläufigen Plan und legt ihn der für das Unternehmen zuständigen Behörde zur vorläufigen Feststellung vor; im Zweifel ist der Regierungspräsident zuständig (§ $15^{II}$). Doch betrifft dies Vorverfahren nur das Verhältnis zwischen Unternehmer und Staat, nicht zwischen Unternehmer und Eigentümer. Erst nach Genehmigung der vorläufigen Feststellung kann der Unternehmer, wenn er sich nicht etwa mit den Eigentümern geeinigt hat, Antrag auf endgültige Feststellung des Planes stellen (§ 18). Zu diesem Zwecke reicht er beim Regierungspräsidenten, getrennt nach Gemeindebezirken, Auszüge aus dem vorläufig festgestellten Plane ein, aus denen die zu enteignenden Grundstücke und deren Eigentümer genau zu ersehen sind. Die Pläne werden zu jedermanns Einsicht vierzehn Tage lang offen gelegt, während welcher Zeit jeder Beteiligte Einwendungen erheben kann (§ 19), die dann in einem Ortstermin vor einem Beauftragten des Regierungspräsidenten erörtert werden (§ 20). Hierauf ergeht der endgültige Planfeststellungsbeschluß, für dessen Erlaß der Bezirksausschuß zuständig ist (§ 21).

[1] G. v. 8. Aug. 78 Art. $8^{10}$. Ebenso hess. VRPflG. v. 8. Juli 11 Art. $131^{21}$; z. B. HessVGH. 22. Jan. 16, Entsch. 2, 228ff. In Hamburg ist Anrufung der ordentlichen Gerichte über die Frage zulässig, „welche Gegenstände abzutreten und zu übernehmen sind“: EnteignG., Bek. v. 26. Apr. 20, §§ $27^{I\,a}$, $28^{II}$.

Binnen zehn Tagen nach Zustellung des Beschlusses steht den Beteiligten der Rekurs an den Minister für Handel und Gewerbe offen (§ 22). Verwaltungsrechtsweg und ordentlicher Rechtsweg sind ausgeschlossen.

c) Über die zu zahlende Entschädigung entscheidet ebenfalls der Bezirksausschuß, aber in einem besonderen Verfahren, dem eine kommissarische Verhandlung mit den Beteiligten vorhergehen muß (§ 29). Gegen die Entscheidung steht dem Unternehmer und den übrigen Beteiligten innerhalb sechs Monaten nach Zustellung die Anrufung der ordentlichen Gerichte zu (§ 30). Da § $15^2$ EG.ZPO. die landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Enteignungsstreitigkeiten unberührt läßt, kann ein Land den Anwaltszwang für solche Streitigkeiten aufheben[1].

d) Noch fehlt die dingliche Änderung: Eigentumsübergang, Übergang des statt des Eigentums enteigneten dinglichen Rechts, dingliche Belastung des Grundstücks. Da der zu Enteignende wirtschaftlich gesichert sein muß, steht der Ausspruch der dinglichen Änderung in engstem Zusammenhange mit der Zahlung der Entschädigung. In Preußen ergeht die Enteignungserklärung des Bezirksausschusses erst, wenn die endgültig festgestellte Entschädigungssumme gezahlt ist (§ $32^{I}$). Da sich aber die endgültige Feststellung wegen Zulassung des Rechtsweges viele Jahre hinziehen kann, sieht das Gesetz ein Dringlichkeitsverfahren in der Weise vor, daß es in dringlichen Fällen die Enteignungserklärung schon nach Zahlung der durch den Bezirksausschuß festgestellten Entschädigungssumme, unter Umständen gegen eine weitere Sicherheitsleistung, zuläßt (§ 34). Die Enteignungserklärung schließt die Einweisung in den Besitz in sich, während z. B. in Sachsen die Enteignungserklärung unabhängig von der Zahlung ergeht, dafür aber die Besitzeinweisung einem besonderen Akte vorbehalten bleibt (§§ 49, 57). Die Enteignungserklärung des Bezirksausschusses ist für den Unternehmer und die Beteiligten unanfechtbar. Doch kann sie der Regierungspräsident nach LVG. § 126 durch Klage vor dem OVG. wegen Befugnisüberschreitung und Rechtswidrigkeit anfechten, ein Fall, der selten vorkommt[2].

Die Wirkung der Enteignungserklärung im Regelfalle der Vollenteignung ist, daß mit ihrer Zustellung an den Unternehmer und den Eigentümer, genauer: den als Eigentümer im Verfahren Aufgetretenen, das Eigentum des enteigneten Grundstücks auf den Unternehmer frei von privatrechtlichen Lasten übergeht (§§ 44f.). Da die Enteignung gültig ist, auch wenn man sich versehentlich mit einem Nicht-Eigentümer eingelassen hatte, ist der Eigentumsübergang ursprünglicher, nicht abgeleiteter Art. Einer Eintragung im Grundbuch bedarf es nicht. Wird der Eigentumsübergang eingetragen, so handelt es sich nur um eine Berichtigung des Grundbuchs.

Außerdem hat die Enteignungserklärung die Bedeutung eines Vollstreckungstitels. Räumt der Enteignete nicht freiwillig das Grundstück, so kann er im Wege des Verwaltungszwanges mit Gewalt entfernt werden.

e) Das Enteignungsverfahren ist nur nötig beim Mangel gütlicher Vereinbarungen. Kommt ein regelrechter Kaufvertrag mit nachfolgender Eigentumsübertragung zustande, ist es überhaupt überflüssig. Daneben besteht die Möglichkeit besonderer Vereinbarungen, sog. Enteignungsverträge, während des Verfahrens[3]. Sie können sich auf die bloße Besitzübertragung beziehen oder auf die Eigentumsübertragung vorbehaltlich der Feststellung der Entschädigung im geordneten Verfahren oder auch auf die Entschädigung (§§ 16, 26, 46). Von gewöhnlichen

---

[1] So hamb. EnteignG., Bek. v. 26. Apr. 20, § $28^{II}$; dazu K. Mittelstein, Hartmann, HansOLG. I 29. Juni 21 u. III 12. Juli 21, nochmals Hartmann, HansRZ. 1920 Sp. 605ff., 1921 Sp. 167ff., 726f., 727ff., 1922 Sp. 501ff.

[2] Beispiel PrOVG. 21. Dez. 16, Entsch. 72, 428ff.

[3] Vgl. RG. V. ZivSen. 26. Apr. 19, Gruch. 63 (1919) S. 740ff.

Verträgen des bürgerlichen Rechts unterscheiden sie sich dadurch, daß sie weniger strengen Form- und Genehmigungserfordernissen unterworfen sind und daß Lastenfreiheit des Grundstücks auch als Folge einer Abtretungsvereinbarung eintritt.

7. Fragen wir rückblickend nach der **Rechtsnatur der Enteignung,** so kann die Antwort nicht zweifelhaft sein. Sie ist kein Zwangskauf, wie man früher annahm, denn mit gleichem Rechte könnte man die Hinrichtung einen erzwungenen Selbstmord nennen, sie ist auch, jedenfalls bei der normalen Enteignung, kein Gesetz im Sinne von Rechtssatz, denn sie richtet sich nicht an die Allgemeinheit. Vielmehr ist sie, wie es schon in unserer Umschreibung zum Ausdruck kam, ein machtentziehender und zugleich machtverleihender Verwaltungsakt[1].

## II. Sonderfälle von Eigentumsentziehungen.

Neben den allgemeinen Enteignungsgesetzen gibt es eine Reihe von Sondergesetzen, die eine Entziehung des Eigentums zu öffentlichen Zwecken abweichend von der Regel ordnen.

1. Die Besonderheit kann in einer **Vereinfachung des Verfahrens** bestehen[2]. Dies ist z. B. bei der Enteignung für Siedelungszwecke nach §§ 3, 15, 24 des Reichssiedelungsgesetzes vom 11. August 1919 und den zugehörigen Ausführungsbestimmungen der Länder der Fall[3]. Wichtig ist die Vereinfachung vor allem auch bei der Festsetzung neuer Fluchtlinien[4]. Entschädigungsverfahren und Ausspruch der Enteignung regeln sich auch hier nach dem Enteignungsgesetz; aber Verleihung des Enteignungsrechts durch das Staatsministerium und Planfeststellung durch den Bezirksausschuß fallen fort und werden durch ein Zusammenwirken von Gemeindevorstand, Gemeindevertretung und Ortspolizeibehörde ersetzt. Über Einwendungen entscheidet der Kreisausschuß, bei größeren Städten der Bezirksausschuß. Die förmliche Feststellung des Planes selbst ist Sache des Gemeindevorstands.

2. In gewissen Fällen besteht die **Entschädigung** nicht in Geld, sondern in Grund und Boden. Die Umlegung landwirtschaftlicher Grundstücke[5], auch Spezialseparation, Zusammenlegung, Verkoppelung, Konsolidation genannt, in Süddeutschland bekannter unter dem Namen „Flurbereinigung", verfolgt die wirtschaftlichere Einteilung unzweckmäßig abgegrenzten landwirtschaftlichen Bodens. Zu diesem Zwecke werden die beteiligten Grundstücke zunächst wie ein einziges großes Grundstück behandelt, das dann nach Verhältnis des Wertes der ursprünglichen Einzelgrundstücke geteilt und den Eigentümern zugewiesen wird. Der Eigentümer gibt also sein Grundstück her und erhält als Entschädigung ein anderes Grundstück von gleichem Werte. Ähnlich gestaltet sich die Bauplatzumlegung, nur mit dem wichtigen Unterschiede, daß die beteiligten Eigentümer sich in Preußen einen Abzug von 35—40 v. H. ihrer eingeworfenen Grundfläche für die Herstellung von Straßen und Plätzen gefallen lassen müssen. Die lex Adickes vom 28. Juli 1902, die näheres hierüber enthält, gilt allerdings zunächst nur für Frankfurt a. M., kann aber durch Ortsstatut auch in sonstigen preußischen Ge-

---

[1] Aus neuerer Zeit RG. VI 29. Apr. 27, RGZ. 117, 43ff.

[2] Vgl. ganz allgemein das pr. G. ü. e. vereinfachtes Enteignungsverfahren v. 26. Juli 22, das nach § 1 insbesondere für Unternehmungen gilt, bei denen das Verfahren zur Beseitigung oder Abwendung größerer Arbeitslosigkeit oder eines sonstigen Notstandes einer besonderen Beschleunigung bedarf.

[3] Pr. AG. v. 15. Dez. 19, vgl. auch pr. G. v. 3. Juni 19 über Landeskulturbehörden; bay. Ödlandges. v. 6. März 23.

[4] Pr. Fluchtlinienges. v. 2. Juli 75 §§ 1, 7, 8, 14.

[5] Pr. G. ü. d. Umlegung von Grundstücken (Umlegungsordnung) v. 21. Sept. 20; bay. Flurbereinigungsges. v. 5. Aug. 22; bad. G. ü. d. Feldbereinigung v. 27. März 31.

meinden eingeführt werden[1]. In Ostpreußen gilt sie kraft einer Notverordnung vom 11. Dezember 1915, die den Wiederaufbau der durch den Krieg zerstörten Ortschaften bezweckte.

3. Andere Gesetze wieder durchbrechen den Grundsatz, daß nur **Grundstücke** Gegenstand der Enteignung sein können. Hierbei ist weniger an das Recht des Wegebauunternehmers zur Entnahme von Baumaterialien zu denken[2], denn auch diese Befugnis richtet sich gegen Grundstücke, als an gewisse Gesetze der Kriegszeit über Enteignung beweglicher Sachen. Die Knappheit der Rohstoffe machte diese in ähnlicher Weise unersetzlich, wie es gewöhnlich nur Grundstücke sein können. So erging noch am 2. Juli 1919 eine Verordnung des Reichs über die Enteignung von rohen Häuten und Fellen sowie Leder. Die Enteignung geschah einfach durch schriftliche Anordnung der Reichslederstelle an den Eigentümer. Doch waren derartige Gesetze ausgesprochene Übergangserscheinungen. Immerhin bilden sie für die Auslegung des Art. $153^{II}$ RV. eine wertvolle Grundlage. Auch die Einbeziehung von sonstigen Rechten in den Kreis der enteignungsfähigen Gegenstände rechtfertigt sich heute durch jenen Artikel der Reichsverfassung. Schon früher war es, trotz einiger theoretischer Bedenken, erlaubt, die Untersagung eines Gewerbebetriebs wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl gegen Entschädigung (GewO. § 51) und die Geltendmachung der Zwangslizenz für ein Patent zugunsten des Reichs durch den Reichskanzler[3] mit der Enteignung in Verbindung zu bringen. Heute bestehen umso weniger Schwierigkeiten, als das Reichsgericht den Enteignungsbegriff mit Recht auch auf Forderungsrechte ausgedehnt hat[4]. Bei der Nachprüfung der Rechtsgültigkeit der Abgeltungserweiterungsverordnung wurde die Frage von Bedeutung[5].

4. Die Enteignung bedarf endlich nicht immer des Zwischenglieds eines Verwaltungsaktes, kann vielmehr auch **kraft Gesetzes** eintreten. Dabei sind zwei Möglichkeiten gegeben: allgemeines Gesetz und Gesetz für den Einzelfall. Durch allgemeines Gesetz begründet der Staat z. B. Monopole und Regale oder er sozialisiert, vergesellschaftet in der schärfsten durch RV. Art. $156^{I}$ vorgesehenen Form. Auch die gesetzliche Behandlung von Militärgut war für die beim Erlasse der Bestimmung[6] rechtmäßigen Eigentümer eine Art Enteignung kraft Gesetzes, da dem Besitzer von Militärgut die Eigentumsvermutung genommen wurde. Enteignungsgesetze für den Einzelfall sind zwar wenig rechtsstaatlich, aber durch die Reichsverfassung, die den MONTESQUIEUschen Gedanken keineswegs zum Verfassungssatze erhoben hat, nicht verboten. Die Bestimmung, daß Enteignungen nur „auf gesetzlicher Grundlage“ vorgenommen werden können (Art. $153^{II}$), bedeutet nicht, daß hinter der Enteignung ein allgemeines Gesetz stehen müsse; die gesetzliche Grundlage kann das Einzelgesetz selbst sein (vgl. oben S. 9f.).

## III. Sonderfälle von Eigentumsbeschränkungen durch Einzelakt.

Eigentumsbeschränkungen können außerhalb des förmlichen Enteignungsverfahrens auf mannigfaltige Weise eintreten. Sofern es sich um nicht mehr handelt als um die einen jeden Eigentümer treffende Pflicht zur Erhaltung seines Eigentums

---

[1] Fluchtlinienges. v. 2. Juli 75 § 14a (gemäß Wohnungsges. v. 28. März 18 Art. 1 Ziff. 10). Vgl. auch bay. G. ü. d. Erschließung von Baugelände v. 4. Juli 23 (zu Art. $46^{II}$ BayObLG. 19. Mai 30, JW. 1930 S. 2971 mit Bespr. von mir); württ. Baulandges. v. 18. Febr. 26 (für dessen Gültigkeit WürttVGH. 4. Dez. 29, WüRV. 23, 1930, S. 106ff.).

[2] Z. B. pr. EnteignG. §§ 50ff.

[3] Jetzt der Reichsregierung: PatG., Bek. v. 7. Dez. 23, § $5^{II}$.

[4] RG. V 8. Dez. 23 u. 13. Dez. 24, RGZ. 107, 377ff. u. 109, 310ff.; DanzObG. PlenE. 29. Nov. 28, DanzJMSchr. 8 (1929) S. 9ff.

[5] RG. VerZS. 22. Febr. 24, RGZ. 107, 320ff.

[6] VO. v. 23. Mai 19 § 3, jetzt G. v. 31. März 23 § 3.

in polizeimäßigem Zustande, scheidet der Fall hier aus, denn enteignungsähnlich kann immer nur die Beschränkung eines Unbeteiligten sein.

Die Beschränkung kann im Zusammenhang stehen mit einer förmlichen Enteignung. So muß der Besitzer, in Preußen auf Anordnung des Bezirksausschusses, vorbereitende Handlungen des Unternehmers auf seinem Grund und Boden gegen Entschädigung dulden[1].

Sie kann auch mit der räumlichen Nähe zu einer vom Staate veranlaßten oder genehmigten Veranstaltung zusammenhängen. Am schwersten sind die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen nach dem Reichsgesetze vom 21. Dezember 1871, das die Festungen mit drei „Rayons" umgibt, auf denen einschneidende Dienstbarkeiten lasten[2]. Auch die Genehmigung gewerblicher Anlagen gehört hierher, da sie zugleich den angrenzenden Eigentümern das Recht nimmt, gegen den Gewerbetreibenden die Unterlassungsklage zu erheben (§ 26 GewO.). Das EG.BGB. gestattet Ausdehnung dieser Vorschrift auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen (Art. 125). Auch ohne besondere Vorschrift nimmt man aber an, daß die Genehmigung einer Eisenbahn zugleich eine Duldungspflicht für alle Anlieger begründet, vorbehaltlich ihres Rechts auf Entschädigung[3]. Die mit der Feststellung eines gegen vereinzelte Grundstücke gerichteten Bebauungsplanes eintretenden Baubeschränkungen gehören ebenfalls in diesen Zusammenhang, obgleich sich die Beschränkung hier allein darin äußert, daß der Eigentümer des Grundstücks nur bis zur Baufluchtlinie bauen darf[4].

Es brauchen aber nicht einmal staatliche oder gemeindliche Veranstaltungen zu sein, zu deren Gunsten das Gesetz Eigentumsbeschränkungen gestattet. In steigendem Maße schützt das Gesetz die Natur vor Zerstörung und Abschließung. So gestattet das preußische Quellenschutzgesetz vom 14. Mai 1908 die Feststellung von Schutzbezirken zugunsten gemeinnütziger Quellen mit der Wirkung, daß Bohrungen, Ausgrabungen u. dgl. nur mit staatlicher Genehmigung vorgenommen werden dürfen (§ 3). Ein anderes wichtiges Beispiel stellt das preußische Gesetz vom 29. Juli 1922 zur Erhaltung des Baumbestandes und Erhaltung und Freigabe von Uferwegen im Interesse der Volksgesundheit dar. Auch die Beschränkungen dieses Gesetzes treten nicht ohne weiteres ein, sondern erst nach Eintragung bestimmter Baumbestände, Grünflächen oder Uferwege in ein zu veröffentlichendes Verzeichnis. Dies erinnert an die Wirkungen, die z. B. ein lübeckisches Gesetz vom 6. Januar 1922 an die Eintragung bestimmter Natur- und Kunstdenkmäler in eine Denkmalliste knüpft[5]. Der Eigentümer darf von diesem Augenblicke an das Denkmal nicht zerstören und, sofern es beweglich ist, nicht über die lübeckische Landesgrenze bringen.

Vor allem ist die Unterbringung Obdachloser in Zeiten der Wohnungsnot ohne Eingriff in das Privateigentum nicht ausführbar. Solange die Wohnungszwangswirtschaft in vollem Umfange bestand, gab es hierfür besondere gesetzliche Ermächtigungen. Aber auch in normalen Zeiten kann Obdachlosigkeit entstehen. Hier reicht die ordentliche Polizeigewalt nicht aus, denn die Polizei kann sich, wie zu zeigen sein wird (§ 20), nur an den Störer halten, und der ist hier der Obdachlose, nicht der den Einlaß verweigernde Eigentümer. Da aber die Polizei unter allen Umständen für Aufrechterhaltung der Ordnung sorgen muß, steht ihr auch die außerordentliche Befugnis zur Einweisung des Obdachlosen in eine Privat-

---

[1] Pr. EnteignG. § 5 I.
[2] Dazu RGes. v. 25. Aug. 24, betr. das Eingehen deutscher Festungen.
[3] RG. V. ZivSen. 17. Juni 14, Gruch. 58 (1914) S. 1062 ff.
[4] Pr. Fluchtlinienges. v. 2. Juli 75 §§ 7 II, 11.
[5] Die Einrichtung stammt aus Hessen: G. v. 16. Juli 02.

wohnung zu[1]. Ja, sie kann sogar den soeben vom Gerichtsvollzieher auf die Straße gesetzten Mieter wieder in die geräumte Wohnung bringen, wenn kein anderer Ausweg zu finden ist. Von gewöhnlichen polizeilichen Maßnahmen unterscheidet sich diese Zwangseinweisung durch die Pflicht der Gemeinde zur Entschädigung[2].

Den gesetzlichen Grund für Eingriffe ähnlicher Art und für die Entschädigung findet man aber, soweit nicht RV. Art. $153^{II}$ Platz greift, in Preußen in den schon anderweit, bei Besprechung der „indirekten" Enteignung (S. 329f.), gewürdigten §§ 74f. Einl. ALR[3]. In Fällen der Not müssen alle Rechte und Vorteile des Bürgers hinter den Notwendigkeiten der öffentlichen Verwaltung zurücktreten. Bei Feuersbrünsten z. B. muß der Eigentümer eines Fischteichs auf Anordnung der Polizei dulden, daß das Wasser zur Löschung des Brandes verwandt wird. Die Leute der Polizei holen Pferde eines Privatmanns aus dem Stall und spannen sie vor die Feuerspritze; oder sie holen einen Minimaxapparat aus dem Laden. Um dem Feuer Einhalt zu gebieten, reißen sie ein noch nicht brennendes Gebäude nieder. All dies sind rechtmäßige, nicht nur schuldlos rechtswidrige Eingriffe, für die der beteiligte öffentliche Verband öffentlichrechtliche Entschädigung schuldet. In Bayern findet sich die maßgebende Bestimmung bezeichnenderweise im Enteignungsgesetz (Art. I B). Thüringen hat die Frage sehr gut in der LVO. geregelt (§§ 50f.). Zum Vergleiche hat man vielfach das treffende Bild der großen Haverei herangezogen. Wenn ein Seeschiff in Not gerät und nur durch Überbordwerfen von Teilen der Ladung gerettet werden kann, ist die Maßnahme gestattet; doch bleibt der Schaden nicht am Eigentümer der zufällig über Bord geworfenen Güter haften, sondern wird gemäß HGB. § 716 über das Schiff, die Ladung und die Fracht nach dem Verhältnisse des Wertes verteilt. Daraus folgt, daß ein Ausgleich nicht erforderlich ist, wenn alle Eigentümer durch die Maßnahme gleichmäßig getroffen wurden, oder auf das Öffentlichrechtliche übertragen: Schaden, den allgemeine gesetzliche Maßnahmen verursachen, z. B. Aufhebung der Privatschulen, wird mit den sich alsbald ergebenden Einschränkungen (IV) nur vergütet, wenn das Gesetz es anordnet[4].

## IV. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen.

Die zuletzt genannten Fälle leiten über zu einer verwandten Rechtseinrichtung: der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung[5]. Ihr liegt ein anderer Gedanke zugrunde als der Enteignung. Sie schränkt die Tragweite des Eigentums selbst ein. So wie man im Privatrecht die echten, durch Einzelakt zu bestellenden Dienstbarkeiten von den sogenannten „Legalservituten" unterscheidet[6], d. h. jenen Beschränkungen, die sich jeder Eigentümer kraft Gesetzes gefallen lassen muß, wie Duldung unwesentlicher Geräusche, Unterlassung übermäßig verdunkelnder Bauten, so kann das Eigentum auch dem Staate gegenüber kraft Gesetzes beschränkt sein.

Beispiele finden sich auf den verschiedensten Gebieten. So gibt es ortsstatutarische Bauverbote[7] und gesetzliche Beschränkungen der Teilbarkeit

[1] PrOVG. 14. Febr. 29, Entsch. 83, 220ff.; BadVGH. 9. Jan. 29, BadVerwZ. 1930 S. 7ff.; ThürOVG. 27. Apr. 27, Jahrb. 12, 10ff. (thür. LVO. § $33^{III}$); HessVGH. 8. Okt. 27, Entsch. 8, 21ff.; LVG. Schwerin 1. März 29, MecklZ. 45 (1929) Sp. 658ff.; Braunschw. VGH. 29. Mai 29, BraunschwZ. 75 (1929) Beil. S. 22f. Vgl. auch RG. III 28. Febr. u. 27. Nov. 28, RGZ. 120, 220ff. u. WarnRG. 21, 223ff.

[2] RG. VII 29. Juni 23, JW. 1924 S. 800f.

[3] Über deren Fortgeltung neben RV. Art. 153 vgl. RG. IV 11. Juli 27, RGZ. 118, 22ff.; Anschütz RV. $^{10}$ 1929 S. 620.

[4] Otto Mayer II S. 312f.; Anschütz RV. a. a. O. S. 612ff.; RG. VII 3. Dez. 29. u. 27. Mai 30, RGZ. 128, 165ff. u. 129, 146ff.; ÖVerfGH. 13. Dez. 28, JBl. 58 (1929) S. 238ff. Vgl. z. B. G. ü. d. Branntweinmonopol v. 26. Juli 18 §§ 199ff.

[5] Vgl. zum folgenden die ausführlichen Erörterungen in meinem Gutachten zum 36. DJT. 1930 und meiner Schrift „Entschädigung für baurechtliche Eigentumsbeschränkungen" 1929.

[6] Vgl. Endemann Lehrbuch d. bürg. Rechts $II^{8\text{ u. }9}$ 1905 S. 352.

[7] Pr. Fluchtlinienges. v. 2. Juli 75 § 12; hierzu PrOVG. 14. Nov. 29, Entsch. 85, 421ff.

von Grundstücken. So verpflichtet das preußische Wassergesetz die Anlieger von Wasserläufen erster Ordnung zur Duldung des Leinpfads (§ 27), so gestattet ein braunschweigisches Gesetz vom 5. August 1919 das Ährensammeln auf abgeernteten Feldern. Nach § 17 des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871 können die Posten und Kuriere bei Ungangbarkeit der öffentlichen Wege querfeldein fahren, reiten oder gehen, allerdings gegen Entschädigung des Eigentümers. Die gesetzliche Grundlage für Flurbeschädigungen durch Truppenübungen findet man im § 11 des Naturalleistungsgesetzes vom 6. April 1925. Nach dem gleichen Gesetze sind die Besitzer von Brunnen und Tränken verpflichtet, marschierende und übende Truppen zu deren Mitbenutzung zuzulassen, ähnlich die Besitzer von Schmieden (§§ 12f.). Die Telegraphenverwaltung kann Telegraphendrähte durch den Luftraum von Privatgrundstücken spannen und ihre Beamten und Arbeiter zur Vornahme notwendiger Arbeiten auf die Dächer der Häuser schicken[1]. Nach § $10^{V}$ des badischen Ortsstraßengesetzes vom 15. Oktober 1908 haben die Anlieger einer Ortsstraße zu dulden, daß an ihren Häusern und auf ihren Grundstücken Straßenbezeichnungen, Straßenbeleuchtungskörper, Rosetten für Oberleitungsdrähte u. dgl. angebracht werden. § 36 I 8 ALR. verbietet in Städten ganz allgemein die Zerstörung von Gebäuden, die an Straßen oder öffentliche Plätze stoßen[2].

Die Beispiele ließen sich vermehren. Wichtiger ist die Beantwortung der allgemeineren Frage, ob sich nicht derartige Beschränkungen in gewissem Umfange von selbst verstehen. Otto Mayer bejaht mit der Begründung, das Eigentum leide in seinem Verhältnis zur öffentlichen Gewalt an einer gewissen Schwäche[3]. Günther Holstein hat diese Ansicht in einer Einzelschrift scharf bekämpft[4] und durch seine Angriffe den greisen Meister schwer gereizt[5]. Wie fast immer steckt in Otto Mayers Ausführungen ein goldener Kern. Es versteht sich in der Tat keineswegs von selbst, daß die Grenzen des Eigentums dem Staate gegenüber dieselben sein müßten wie gegenüber Privaten. Aber so scharf haben unsere Gesetzgeber nicht gedacht. Wenn sie das Eigentum durch Verfassung und Enteignungsgesetze gewährleisteten, meinten sie das privatrechtlich gedachte Eigentum, und so ist es nicht zu billigen, was Otto Mayer z. B. über die vom Schießplatz herüberfliegenden Kugeln sagt (II S. 125f.). Wenn der Schießplatz derartige Gefahren mit sich bringt, so belege die Heeresverwaltung die Nachbargrundstücke auf dem Enteignungswege mit einer Duldungsdienstbarkeit; vorher handelt der schießende Truppenteil objektiv rechtswidrig. So hatte das Hanseatische OLG. recht, wenn es vor Jahren entschied, daß für die Anlieger eines staatlichen Spielplatzes keine Verpflichtung bestehe, übermäßigen Lärm und das Werfen von Schleuderbällen auf ihr Grundstück zu dulden[6].

Und doch bestätigt sich hier wieder einmal die Regel, daß ein großer Gelehrter auch dort, wo er irrt, nicht umsonst gedacht hat. Denn Otto Mayers Auffassung von einer dem Eigentum innewohnenden Schwäche dem Staate gegenüber ist überaus fruchtbar für die Auslegung des Eigentumsartikels der Reichsverfassung. Die Vorschrift des Art. $153^{II}$, daß die Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit und nur gegen angemessene, nötigenfalls im Rechtswege durchzufechtende Entschädigung zulässig ist, richtet sich auch gegen den Gesetzgeber, im ersten Teile sogar auch gegen den Reichsgesetzgeber. Derselbe Artikel sagt aber auch, daß sich Inhalt und Schranken des Eigentums aus den Gesetzen ergeben (Abs. 1). Damit

---

[1] TelegraphenwegeG. v. 18. Dez. 99 § 12.
[2] Dazu PrOVG. 22. Juni 15, Entsch. 69, 407ff.; RG. III 7. Febr. 30, RGZ. 127, 280f.
[3] II S. 118ff.
[4] Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung 1921.
[5] Vgl. Otto Mayers Besprechung im ArchÖffR. 42 (1922) S. 381ff.
[6] HansOLG. 6. Juni 23, HansRZ. 1923 Sp. 699ff.

sind offenbar nicht nur gegenwärtige, sondern auch künftige Gesetze gemeint. Worin liegt nun aber der Unterschied zwischen einem bloß eigentumsbegrenzenden[1], daher freien, und einem enteignenden, daher vielfach gebundenen, Gesetze? Man hat als entscheidend für das Wesen der Enteignung ansehen wollen, daß der Eingriff einem bestimmten Unternehmen dient[2] (Unternehmenstheorie). Dies trifft bei der klassischen Enteignung (oben S. 404) auch zu, doch wäre es verwunderlich, wenn demgemäß ein den klassischen Enteignungsbegriff sprengender, also ein entarteter Eingriff von den Fesseln der Reichsverfassung frei sein sollte. Oder man verlangt, daß „zugleich mit der Entziehung privater Rechte auf der einen Seite für den durch sie Begünstigten auf der anderen Seite gleichartige Privatrechte gewonnen werden"[3] (Übereignungstheorie). Indessen läßt sich wohl bei allen Beschränkungen, auch solchen, die in ein Verbot ausmünden, ein Berechtigter auf der anderen Seite ermitteln, außerdem würde hiernach die Zerstörung wertvollen Eigentums entschädigungslos zulässig sein. Oder man erklärt für Enteignungen alle Eingriffe durch Einzelakt, während rechtssatzmäßige Eingriffe bloße Eigentumsbegrenzungen sein sollen[4] (Einzelaktstheorie). Abgesehen davon, daß diese Lehre nicht rein auftritt, gibt es einerseits so unbedeutende Einzeleingriffe, daß sie niemand als Enteignungen auffassen wird, andererseits sind auch tief eingreifende und daher enteignende Rechtssätze denkbar. Dies letzte kann selbst dann der Fall sein, wenn der Rechtssatz die Substanz unberührt läßt, daher auch die Lehre nicht befriedigt, wonach bei allgemeinen Eingriffen jeder die Substanz mindernde Eingriff, und nur er, Enteignung sein soll[5] (Substanzminderungstheorie). Der Schlüssel liegt vielmehr anderswo. Das Eigentum hat eine gewisse Schwäche dem Gesetze gegenüber in dem Sinne, daß nicht alle Eingriffe des Gesetzgebers als Enteignungen empfunden werden. Geschichte, allgemeine Anschauungen, Sprachgebrauch, Andeutungen der Gesetze ermöglichen die Abgrenzung des Schutzwürdigen vom Schutzunwürdigen (Schutzwürdigkeitstheorie). Die Lehre mag mit einem etwas unbestimmteren Begriffe arbeiten als die soeben erwähnten, dafür ist sie ihnen, unbescheiden ausgedrückt, in der Richtigkeit über. Zudem ist ein auf wissenschaftlichem Wege gefundenes Ergebnis, das einen gewissen Spielraum bei der Handhabung läßt, solange einwandfrei, als der Gesetzgeber selbst mit unbestimmten Begriffen, wie Treu und Glauben, Billigkeit, guten Sitten, Ordnungswidrigkeit, arbeitet.

Beispiele mögen die Brauchbarkeit der Lehre dartun. So leidet das unzweckmäßig abgegrenzte bäuerliche Land an der Schwäche, daß es Flurbereinigungsgesetze über sich ergehen lassen muß, ohne daß die Bereinigung, soweit sie sich in den üblichen Grenzen hält, eine Enteignung im Sinne der Reichsverfassung wäre. Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch bringt denn auch die Enteignung und die Flurbereinigung an zwei verschiedenen Stellen (Art. 109, 113). Daher verstößt es nicht gegen die RV., wenn z. B. Art. $63^{V}$ des bayerischen Flurbereinigungsgesetzes vom 5. August 1922 den ordentlichen Rechtsweg dem zum Grundstückstausch gezwungenen Eigentümer versagt[6]. Auch das preußische Gesetz vom 28. Juli 1926 über die Aufhebung privatrechtlicher Baubeschränkungen in der Provinz Hannover und in der Stadt Frankfurt a. M. ist gültig, obgleich die Aufhebung der Beschränkung die Aufhebung des entsprechenden Nachbarrechts in sich schließt; denn da die Landesgesetzgebung nach Art. 124 EG.BGB. nachbarrechtliche Vorschriften treffen kann, kann sie auch bestehende ändern. Ebenso würde die entschä-

[1] Den Ausdruck „Eigentumsbegrenzung" schlägt, im Anschluß an Förster-Eccius und Dernburg, Rob. Schilling vor: FischersZ. 63 (1929) S. 345 u. Öffentlichrechtl. Beschränkungen der Eigentumsfreiheit, Bonn, Diss. 1930 S. 3, 12.

[2] Reiss DanzJMSchr. 5 (1926) S. 49ff.

[3] Martin Wolff Reichsverfassung und Eigentum (Festg. f. Kahl 1923 IV) S. 24.

[4] Anschütz a. a. O. S. 612ff.

[5] Schelcher ArchÖffR. 57 (1930) S. 350.

[6] Anders Wolff, a. a. O., S. 20.

digungslose Einführung eines ausschließlichen Rechtes des Staats auf Gewinnung von Radium zulässig sein[1], da wir nach unseren geschichtlich gewordenen Anschauungen derartige Aneignungsregalien ganz in Ordnung finden, während die, selbst rechtssatzmäßige, Wegnahme bereits gewonnenen Radiums Enteignung wäre. Das in der Nähe eines Denkmals liegende Grundstück leidet nach den sich immer mehr durchsetzenden Anschauungen ebenfalls an einer Schwäche dem Gesetze gegenüber, so daß seiner entschädigungslosen Eintragung als Umgebung eines Denkmals in die Denkmalliste[2] kraft landesrechtlicher Bestimmung Bedenken aus der RV. nicht im Wege stehen, wenn die Eintragung ein gebundener, vor Verwaltungsgerichten anfechtbarer Verwaltungsakt ist[3]. Ganz allgemein würde die Aufhebung der Baufreiheit zugunsten des Städtebaues durch Gesetz oder ermächtigte Satzung keine Enteignung darstellen[4], ebensowenig die gesetzliche Neueinführung der Pflicht des Eigentümers zur Duldung der Anbringung von Oberleitungsquerdrähten für elektrische Straßenbahnen[5] oder die Auferlegung der Verpflichtung zur Abtretung von Straßengelände für den Fall der, doch freiwilligen, Errichtung eines Bauwerks auf dem Restgrundstück[6]. Nach § 38$^{II}$ des hamburgischen Hafengesetzes vom 2. Juni 1897 kann das Freihafenamt verbotswidrig beförderte Waren auch außerhalb eines Strafverfahrens als dem Staate ohne Entgelt verfallen erklären; die Vorschrift gilt trotz RV. auch heute noch[7]. Auch die Einführung eines staatlichen Vorkaufsrechts an im Lande belegenen Grundstücken hält sich innerhalb des Rahmens der im Art. 153$^{I}$ RV. genannten Schranken des Eigentums[8], obgleich sie in den meisten Fällen eine Wertminderung des Grundstücks zur Folge haben wird.

## § 19. Die öffentlichen Lasten (Naturalleistungspflichten).

Otto Mayer II S. 217ff., 230ff.; Fleiner S. 414ff.; Hatschek S. 177, 468; Herrnritt S. 428ff.

Dillmann Die persönlichen Dienste nach Art. 133 RV., Frankf. Diss. 1928. — W. v. Hippel RGes. ü. d. Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden 1903; M. v. Schulz Ges. ü. d. vaterländischen Hilfsdienst[2] 1918. — W. Apelt Das Rechtsinstitut der öffentlichen Last und

---

[1] Ebenso Brockhoff für Steinkohle und Erdöl, JW. 1928 S. 207f., gegen Meyer, JW. 1927 S. 2977. Für die Zulässigkeit vor allem auch RStGH. 23. März 29, RGZ. 124, 19*ff. Vgl. jetzt pr. G. v. 22. Juli 29. Übermäßig vorsichtig hess. G. v. 26. März 29 (Kohlensäure).

[2] Vgl. oben S. 410 zu N. 5.

[3] Nur weil diese letzte Voraussetzung in Hamburg fehlt (Denkmal- und Naturschutzgesetz v. 6. Dez. 20 § 7, G. ü. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 2. Nov. 21 § 9; rechtsstaatlicher brem. G. ü. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 6. Jan. 24 § 8), im Ergebnis richtig RG. VI 11. März 27, RGZ. 116, 268ff., dem Meyer im PrVerwBl. 49 (1928) S. 130ff. zustimmt. Gegen das RG. die 1. Auflage, ferner Frhr. v. Dungern, JurRdsch. 3 I 1927 Sp. 646ff., Hensel, ArchÖffR. N. F. 14 (1928) S. 415ff. Vgl. auch W. Jellinek Schöpferische Rechtswissenschaft 1928 S. 18f.; Riess, LeipzZ. 1928 Sp. 227f. Bedenklich KG. 13./27. März 28, KGJ. Erg. 8, 328ff. (allg. Schutz erratischer Blöcke als Enteignung).

[4] Hierüber das vielumstrittene Fluchtlinienurteil RG. III 28. Febr. 30, RGZ. 128, 18ff., dazu die Besprechungen JW. 1930 S. 1956ff., 2426ff. (Schlichting, Ascher, Friedrichs, Steiniger) und die oben S. 401 genannten Schriften. Gegen das Urteil, das auch die Baubeschränkungen durch allgemeine Fluchtlinienziehung als Enteignung auffaßt, neuestens mit Recht WürttVGH. 4. Febr. 31, „Die Verwaltungspraxis“ 5 (1931) S. 65ff. Ein Reichsgesetz zur Abwendung der unerwünschten Folgen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, an der RG. III in einem noch nicht veröffentlichten Urteil vom 3. März 31 festhält, ist in Vorbereitung: „Das Grundeigentum“ 50 (1931) S. 450ff., S. 473ff. (E. Isay). Vgl. jetzt VO. d. RPr. v. 5. Juni 31 VI 3.

[5] Ebenso, für Straßenschilder, BraunschwVGH. 6. März 29, BraunschwZ. 75 (1929) Beil. S. 18ff. Das Urteil des SächsOVG. 15. Febr. 29, Jahrb. 33, 301ff. (Oberleitungsdrähte), betrifft zum Teil eine Frage des sächsischen Rechts; hierzu ein unveröffentlichtes Gutachten W. Schelchers.

[6] ThürOVG. 22. Febr. 28, Jahrb. 12, 145ff.; 19. März 30, RVerwBl. 51 (1930) S. 807 (hier mit einer unhaltbaren Begründung, die es gestatten würde, jede auf einem Enteignungsgesetze beruhende Enteignung wegen der Allgemeinheit dieses Gesetzes als Eigentumsbegrenzung aufzufassen).

[7] HambOVG. 18. Mai 27, HansRZ. 1927 Sp. 876ff. Vgl. dazu Arndt ebenda Sp. 841ff.

[8] RG. V 17. Okt. 23, RGZ. 107, 261ff. Vgl. auch SächsOVG. 15. Dez. 26, Jahrb. 30, 309ff.

die Industriebelastung, Gedenkschrift für L. MITTEIS 1926 S. 125ff. — Über Betriebsstillegung HÄUSSNER[3] 1929, GÖPPERT 1929, WEIGERT-RICHTER[3] 1930. — WOLZENDORFF Polizeidienstpflicht, VerwArch. 15 (1907) S. 523ff.; DERSELBE Zeugnispflicht gegenüber der Polizei, VerwArch. 20 (1912) S. 277ff.; NEBINGER Das Recht der Polizei auf Auskunft, WüRV. 19 (1926) S. 17ff.; STEPHAN Grenzen des polizeilichen Rechts auf Auskunft, „Die Polizei" 24 (1927) S. 605f.; OEHLER Vorladungsrecht und Aussagepflicht, ebenda 27 (1930) S. 103ff. — J. FRANKE Die Abgabe der Pflichtexemplare von Druckerzeugnissen 1889; W. ALTMANN Erstreckt sich der Pflichtexemplarzwang in Preußen auch auf Musikalien? ArchÖffR. 14 (1899) S. 297ff.; FR. W. PFEIFFER Das materielle Recht der Pflichtexemplare in Deutschland 1913. Zum bay. Recht der Pflichtexemplare STOIS BayGemZ. 39 (1929) Sp. 473ff., 522ff., zum württ. Recht NEUSCHLER u. DRUCKENMÜLLER, WürttZ. 53 (1911) S. 114ff., 186ff. — NÖLL-FREUND-SURÉN Pr. Kommunalabgabengesetz[9] 1931 zu § 68; GREMLER Die Naturaldienste im preußischen Gemeinderecht 1912/13; NISCHK DJZ. 1928 Sp. 1603f. (Naturaldienstpflicht der Beamten); HECHT-HELLICH Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege[3] 1930; HESS Gemeindedienstleistungen, ThürRdsch. 4 (1927) S. 162ff. — EFFENBERGER Art. „Feuerlöschwesen" im HWBKommunalW. I. Über Haftung für Unfälle und Schäden im Feuerlöschdienst PARISIUS PrVerwBl. 46 (1925) S. 456ff., FRIEDRICHS VerwArch. 34 (1929) S. 356ff.

## I. Begriff der öffentlichen Last.

Was dem Staate und der Gemeinde jetzt noch fehlt, zeigt sich an einigen Beispielen. Es hat geschneit, und der Schnee muß sofort geschippt werden. Hierfür genügen die städtischen Beamten und Angestellten nicht, denn ihrer sind zu wenige. Also muß sich die Gemeinde an die Bevölkerung wenden. Oder die Polizeibehörde bedarf einer Auskunft, um festzustellen, wohin gewisse gesundheitsschädliche Abwässer unterirdisch abgeleitet werden. Darüber weiß nur einer Bescheid. Folglich erwartet man, daß sie diesen einen zur Auskunfterteilung zwingen kann. Oder die Reichswehr übt außerhalb ihres Standorts, abends geht es in die Quartiere. Für deren Bereitstellung würde an sich die uns wohlbekannte Eigentumsbeschränkung durch Einzelakt ausreichen. Aber der Soldat will mehr als das nackte Quartier. Er erwartet ein sauber überzogenes Bett und nahrhaft gekochtes Essen, also wiederum das Ergebnis von Tätigkeiten, die uns bisher nicht begegnet sind. Was aber all diesen Tätigkeiten eigentümlich ist, ist die *Abwesenheit jeder unmittelbaren Beteiligung des Verpflichteten.* Es ist offenbar etwas anderes, ob der Hauseigentümer bei Glatteis verpflichtet wird, auf seinem Hofe zu streuen, oder auf der Straße. Im ersten Falle besteht eine unmittelbare Beteiligung kraft Eigentums, es handelt sich um die Verpflichtung des Eigentümers zur Erhaltung seiner Sache in polizeimäßigem Zustande, wovon noch zu sprechen sein wird (§ 20). Im zweiten Falle mangelt es an solcher unmittelbaren Beteiligung. Die Unterscheidung ist wichtig, weil für die Auferlegung beider Pflichten verschiedene Regeln bestehen. So ließe sich also die *öffentliche Last im engeren verwaltungsrechtlichen Sinne bestimmen als die im öffentlichen Interesse einem unmittelbar Unbeteiligten auferlegte Verpflichtung zu Leistungen nichtgeldlicher Art ohne Treupflicht.* Der Zusatz „im engeren verwaltungsrechtlichen Sinne" ist nötig, da die Gesetze als „öffentliche Lasten" vielfach Geldverpflichtungen zugunsten eines öffentlichen Verbandes bezeichnen, die auf einem Grundstücke an bevorrechtigter Stelle — vor den Hypotheken — stehen[1]. Auch die *Baulasten,* von denen an früherer Stelle die Rede war (S.196f.), gehören nicht hierher, sondern zu den Beschränkungen des Eigentums kraft Einzelaktes (oben S. 409ff.).

## II. Rechtsquellen der öffentlichen Last.

**1.** Sieht man von dem jeder gesetzlichen Knebelung unzugänglichen ursprünglichen Gewohnheitsrechte ab, so muß sich nach dem Grundsatze von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung jede Last auf ein **Gesetz** zurückführen lassen. Vielfach haben solche Gesetze den Gegenstand unmittelbar geregelt, ohne auf abgeleitete Rechtsquellen zu verweisen.

---

[1] Z. B. Zwangsversteigerungsg. v. 24. März 97 § $10^{13}$.

Dies ist vor allem bei den umfangreichen Militärlasten der Fall. Ein Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 25. Juni 1868 ordnet die Quartierleistung für die bewaffnete Macht während des Friedenszustandes. Eine Beilage bestimmt, was der Quartiergeber alles an Gebrauchsgegenständen, Gerät, Wäsche und dgl. zu gewähren und wie er die Stallungen herzurichten hat. Ergänzend tritt das Gesetz über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden in der Neufassung vom 6. April 1925 hinzu, das u. a. die Stellung von Vorspann, Beköstigung, Fourage, Schiffsfahrzeugen regelt und die Pflicht der Eisenbahnverwaltungen zur Beförderung der bewaffneten Macht festsetzt. Ins Gewaltige gesteigert wurden die Lasten durch das seit 1924 nur noch für die Vergangenheit geltende Gesetz über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873, dem das Besatzungsleistungsgesetz vom 5. April 1927 ergänzend an die Seite trat.

Als Justizlasten begegnen außer der Pflicht, sich als Zeuge oder als Sachverständiger vernehmen zu lassen, die Pflicht des Rechtsanwalts zur Übernahme von Armensachen und sonstigen Vertretungen nach Maßgabe der §§ 33ff. der Rechtsanwaltsordnung, als Finanzlasten in dem hier gebrauchten Sinne die Pflichten Unbeteiligter zu Auskunft, Einsichtgewährung und Gutachten nach §§ 177ff. AO.

Neubildungen auf unserm Gebiete bringt das Arbeitsrecht in Gestalt von Beschäftigungs-, Betriebsweiterführungs- und Arbeitspflichten. Wenn das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12. Januar 1923 den Arbeitgeber zur Einstellung eines bestimmten Hundertsatzes Schwerbeschädigter verpflichtet, wenn die gesetzeskräftige Demobilmachungsverordnung vom 8. November 1920 über Betriebsabbrüche und -stillegungen die Inhaber und Leiter größerer gewerblicher Betriebe zur Aufrechterhaltung ihres Betriebes während einer bestimmten Zeit nötigt, so sind dies öffentliche Lasten auf der Arbeitgeberseite, wie es der vaterländische Hilfsdienst eine auf der Arbeitnehmerseite war[1]. Dagegen ist die Zwangsarbeit des Arbeitsscheuen nach § 20 der Fürsorgepflichtverordnung vom 13. Februar 1924 keine öffentliche Last, sondern eine Polizeipflicht, da sie den unmittelbar Beteiligten, den Störer, trifft.

Doch gibt es auch auf dem Gebiete der Polizei echte Lasten, die sich unmittelbar auf ein Gesetz gründen. Am wichtigsten wohl ist die durch § $360^{10}$ StGB. festgelegte Nothilfepflicht, wonach bestraft wird, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte. Auch die Pflicht zur Anzeige bevorstehender schwerer Verbrechen nach § 139 StGB. ist eine öffentliche Last. Andere Anzeigepflichten Unbeteiligter finden sich in Sondergesetzen. So ist man in Braunschweig verpflichtet, Lärm zu schlagen, sobald man ein Haus brennen sieht[2]. Wer ein auf den Strand geratenes oder unweit des Strandes in Seenot befindliches Schiff wahrnimmt, hat hiervon sofort den Strandvogt oder die nächste Gemeindebehörde zu benachrichtigen[3]. Viele Gesetze verpflichten zur Anzeige beim Auftreten ansteckender Krankheiten[4], vereinzelte auch bei plötzlichen Todesfällen und beim Auffinden toter Personen[5]. Von den hiermit zusammenhängenden Anzeigepflichten nach dem Personenstandsgesetz war an anderer Stelle die Rede (S. 159); auch die Pflicht des Kapitäns eines Seeschiffes zur Beurkundung von Geburten und Sterbefällen nach § 61 des Gesetzes stellt sich als öffentliche Last dar.

---

[1] G. v. 5. Dez. 16.

[2] PolStGB. v. 23. März 99 § $16^{2}$. Vgl. auch die Anzeigepflicht für Gelegenheitsfunde nach § 5 pr. Ausgrabungsges. v. 26. März 14.

[3] StrandungsO. v. 17. Mai 74 § 4. [4] Z. B. RSeuchenges. v. 30. Juni 00 §§ 1ff.

[5] Schaumb.-lipp. VO. v. 19. März 25; hier liegt allerdings nur eine in ihrer Gültigkeit bestreitbare Verordnung vor.

Viel umstritten ist die Frage, ob die allgemeine gesetzliche Ermächtigung der Polizei, für Ruhe und Ordnung zu sorgen, auch die Befugnis umfaßt, von Unbeteiligten Auskunft zu verlangen und gegebenenfalls die Auskunftspersonen vorzuladen. Einige Gesetze haben die Auskunftspflicht des einzelnen klar geregelt, neuestens die thüringische LVO. (§ 60) und für einen Sonderzweck das Reichsgesetz vom 25. Juni 1926 über eine Erhebung in der Erwerbslosenfürsorge. In Preußen hilft man sich[1] mit dem Satze des ALR. über das „Amt" der Polizei und dem Schlusse vom Zweck aufs Mittel: da die Polizei für Ruhe und Ordnung zu sorgen hat und diese ihre Aufgabe unter Umständen nur erfüllen kann, wenn sie Auskunftspersonen vorladen und vernehmen darf, so steht ihr die Vorladungsbefugnis zu und der Geladene muß kommen und aussagen[2].

Als weiteres Beispiel für lastenbegründende Gesetze seien nur noch die vom Reichspreßgesetz (§ $30^{III}$) unberührt gebliebenen Landesgesetze über Abgabe von Freiexemplaren an Bibliotheken und öffentliche Sammlungen genannt. Soweit nicht neuere Gesetze etwas anderes bestimmen, ist maßgebend der landesrechtliche Zustand am 1. Juli 1874, dem Tag des Inkrafttretens des Reichspreßgesetzes. Da an diesem Tage in ganz Preußen das preußische Preßgesetz vom 12. Mai 1851 galt, das im § 6 nur die Pflicht des Verlegers zur Einsendung von Freiexemplaren aufrecht erhielt, gelten ältere Bestimmungen über eine Abgabepflicht der Drucker in Preußen nicht mehr[3].

2. Außer dem Gesetze erscheint als Rechtsquelle des Lastenrechts vor allem die **gemeindliche Satzung.** So können nach § $68^{I}$ des preußischen Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 die Steuerpflichtigen „durch Gemeindebeschluß zu Naturaldiensten (Hand- und Spanndiensten) herangezogen werden". Handlangerdienst bei Schul- und Wegebauten, Schneeschaufelung, Streuen bei Glatteis, Hilfe bei Bränden und ähnliches kommt in Frage. Für die Reinigung der innerhalb des Orts gelegenen Wege nebst Schneeräumung, Bestreuung und Besprengung trifft das preußische Wegereinigungsgesetz vom 1. Juli 1912 besondere Bestimmungen, die nötig waren, um zu ermöglichen, daß die Gemeinde durch das hier vorgesehene Ortsstatut die an sich ihr selbst obliegende Wegereinigungspflicht auf die Anlieger abwälzt. Das Gesetz enthält auch sonstige Abweichungen vom allgemeinen Rechte der gemeindlichen Naturaldienste.

Während das Gesetz bei Auferlegung öffentlicher Lasten frei von Schranken ist, soweit nicht etwa Verfassung oder Reichsrecht im Wege stehen, muß die statutarische Vorschrift gewisse selbstverständliche Regeln beachten. Da der öffentlichen Last das Erfordernis der Treupflicht fehlt, kann das Ortsstatut auch juristische Personen, z. B. auch den Fiskus[4], zu Diensten heranziehen. Aus dem gleichen Grunde ist Stellvertretung zulässig, doch so, daß sie ein Recht, keine Pflicht des Verpflichteten ist; der körperlich Untaugliche braucht weder selbst zu schippen noch sich vertreten zu lassen[5]. Auch muß das Statut auf die Grenzen der körperlichen Leistungsfähigkeit Rücksicht nehmen, darf also bei Handdiensten von einem Hofbesitzer nicht das Sechzehnfache an Arbeit gegenüber dem verlangen, was von den übrigen Verpflichteten verlangt wird[6]. Ebenso wäre es kein Naturaldienst mehr, wenn die Gemeinde die Pflichtigen zur Zahlung eines Geldbetrages statt der Dienste zwingen wollte[7]. Schon diese Hinweise zeigen, daß im

---

[1] Vgl. aber vom 1. Okt. 31 an PolG. 1931 § 17 (Vorladung im Zwangswege nur bei Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens).

[2] PrOVG. 8. Okt. 87, Entsch. 15, 423ff.; vgl. auch oben S. 150f.

[3] So jetzt auch PrOVG. 5. Apr. 28, Entsch. 83, 199ff.

[4] PrOVG. 29. Febr. 16, Entsch. 70, 238ff. (Feuerlöschdienst).

[5] LVG. Schwerin 30. Jan. 25, MecklZ. 41 (1925) S. 265ff.

[6] LVG. Schwerin 25. Apr. 24, MecklZ. 41 (1925) S. 23ff. Hiergegen Staecker ebenda S. 221ff. [7] PrOVG. 19. März 12 u. 12. Febr. 29, Entsch. 62, 507ff. u. 84, 153ff.

statutarischen Rechte der öffentlichen Lasten eine Reihe von Schwierigkeiten verborgen liegen[1].

3. **Örtliches Gewohnheitsrecht** aus früheren Zeiten findet man als Rechtsquelle für öffentliche Lasten namentlich auf dem Gebiete des Wegebaues, der Wegeunterhaltung[2] und der Wegereinigung. Das preußische Wegereinigungsgesetz vom 1. Juli 1912 verbietet die Entstehung neuer Observanzen (§ $3^{II}$), hält aber die bestehenden ausdrücklich aufrecht (§ $3^{I}$).

4. Keine ordentliche Rechtsquelle ist die **Polizeiverordnung,** da sich nach einem schon öfters angedeuteten und später (§ 20) näher zu entwickelnden Grundsatze die Polizei nur an den Störer halten darf, die öffentliche Last aber gerade einen unmittelbar nicht Beteiligten trifft. So hat das Kammergericht Versuche der Polizei, Wegereinigungspflichten durch Polizeiverordnung einzuführen, mit Recht zurückgewiesen[3]. Es bedurfte daher des besonderen Gesetzes vom 21. Dezember 1904, um Polizeiverordnungen über die Verpflichtung der Einwohner zur persönlichen Hilfeleistung bei Bränden, insbesondere zum Eintritt in eine Pflichtfeuerwehr, zu ermöglichen[4]. Das Außergewöhnliche dieser Verordnungen kommt auch darin zum Ausdruck, daß sie außer Kraft treten, soweit das Feuerlöschwesen durch ein Ortsstatut geregelt wird. Wenn das Reichsgericht trotzdem Polizeiverordnungen für gültig erklärt, die ohne besondere Grundlage die Streupflicht bei Glatteis einführen[5], so entspringt dies dem gleichen Gedankengange, der das OVG. veranlaßt, eine Auskunftspflicht des einzelnen der Polizei gegenüber anzuerkennen (oben S. 417). Glatteis bedeutet im Gegensatze zu Straßenschmutz einen lebensgefährlichen Zustand. Da die Polizei zum Einschreiten hier ausnahmsweise unbedingt verpflichtet ist[6], bei Vermeidung der Geltendmachung der Amtshaftung gegen sie, muß es ihr in der Not auch gestattet sein, den nicht unmittelbar beteiligten Anlieger heranzuziehen. Einen Fingerzeig dafür, daß solches zulässig sein muß, gibt auch der, allerdings auf Polizeiverordnungen nicht gemünzte, Nothilfeparagraph des StGB. (§ $360^{10}$). Von solchen Notfällen abgesehen, fehlt es aber z. B. auch an der Möglichkeit, durch Polizeiverordnung eine Anzeigepflicht einzuführen. Wohl kann der Grundeigentümer verpflichtet werden, etwa das Auftreten der Bisamratte auf seinem Grundstücke zu melden; soll aber jedermann zur Meldung verpflichtet sein, so bedarf es eines Gesetzes oder einer statutarischen Vorschrift.

### III. Arten der Lasten nach dem Kreise der verpflichteten Personen.

Man unterscheidet gemeine Lasten, Vorzugslasten und Verbandslasten.

Die gemeinen Lasten treffen grundsätzlich jedermann. Völkerrechtliche und geringe sonstige Ausnahmen[7] nötigen nicht zur Verneinung des Begriffes. Die Nothilfepflicht, die Zeugnispflicht, die Quartier- und Naturalleistungspflicht nach den Militärlastengesetzen sind Beispiele für gemeine Lasten.

Die Vorzugslast ist verwandt mit dem im Finanzrecht (S. 391 ff.) besprochenen Beitrag, ja beide Begriffe werden sogar zuweilen von denen als gleichbedeutend gebraucht, die den Lastbegriff nicht auf Naturalleistungen und -dienste beschränken[8]. Im Gegensatze zur gemeinen Last trifft die Vorzugslast nur den engeren

[1] Vgl. Nöll-Freund-Surén KAbgG.[9] 1931 zu § 68.

[2] Z. B. schlesw.-holst. WegeVO. v. 1. März 42 § 228.

[3] KG. 7. Apr. 02, KGJ. 24 C 41 ff. — Das württ. Straßenreinigungsgesetz v. 6. Febr. 23 läßt jetzt die Abbürdung der Reinigungspflicht auf die Anlieger durch ortspolizeiliche Vorschrift zu (Art. $1^{II}$); vgl. hierzu Haller, WüRV. 16 (1923) S. 51 ff.

[4] Ähnlich der Wasserwehrdienst nach § 355 Wasserges. v. 7. Apr. 13. Allgemeiner sächs. GemO. v. 1. Aug. 23/15. Juni 25 § $6^{III}$.

[5] RG. VI. ZivSen. 22. Mai 11 u. 20. Juni 12, Gruch. 55 (1911) S. 1165 ff. u. 56 (1912) S. 1142 ff.

[6] Vgl. unten § 20 III 2 b $\alpha$.

[7] Vgl. z. B. KAbgG. § $68^{VI}$; hierzu oben S. 267 N. 4.

[8] Vgl. auch AO. § $1^{I}$.

Kreis der am Erfolge der Leistungen und Dienste irgendwie Beteiligten. Der Nachtwachtdienst in Weinbergen zur Erntezeit hat nur Bedeutung für die Weingutsbesitzer, wird also, ohne Verletzung des Grundsatzes der Gleichmäßigkeit der Belastung, nur diesen auferlegt. Auch bei der Heranziehung der Straßenanlieger zur Straßenreinigung spielt der Gedanke mit, daß gerade sie einen erhöhten Vorteil von der Sauberkeit ihrer Straße haben.

Bei der Verbandslast endlich wendet sich der Staat zunächst an einen lastenpflichtigen Verband und überläßt diesem die Unterverteilung auf seine Mitglieder. So hielt sich das Reich wegen seines Kriegsbedarfs an Vieh, Brotgetreide, Hafer, Heu und Stroh an die Lieferungsverbände, die ihrerseits berechtigt waren, sich durch Auferlegung von Naturalleistungen in den Besitz der angeforderten Gegenstände zu setzen[1]. Verbandslasten können auch neben unmittelbaren Lasten bestehen. So ist die Deichpflicht in der Regel eine dem Deichverbande von dessen Mitgliedern geschuldete Pflicht, durch deren Erfüllung der Deichverband seinerseits der dem Staate geschuldeten Pflicht zur ordnungsmäßigen Deichung Genüge leistet. Bei Hochwassergefahr aber zieht die Deichpolizeibehörde alle Bewohner der bedrohten und nötigenfalls auch der benachbarten Gegend zu unentgeltlicher Hilfeleistung heran[2].

## IV. Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Entstehung öffentlicher Lasten.

Die Pflicht zu Naturalleistungen entsteht entweder kraft Gesetzes oder auf Grund eines überprüfbaren oder auf Grund eines grundsätzlich unüberprüfbaren Verwaltungsakts.

Kraft Gesetzes entsteht z. B. die Streupflicht bei Glatteis. Wenn die Ortsbehörde ein übriges tut und beim Herannahen der Kälte auf die Verpflichtung der Anlieger öffentlich hinweist, so ist dies nur eine an sich zweckmäßige, aber rechtlich überflüssige Mahnung.

Ein überprüfbarer Verwaltungsakt begründet z. B. die Nothilfepflicht nach § $360^{10}$ StGB. Wenn die Polizeibehörde einen Kraftwagen anfordert, um sich an die Brandstelle zu begeben, und der Kraftwagenbesitzer weigert sich zu fahren, so muß ihn das Gericht freisprechen, falls es blinder Feuerlärm war.

Dagegen schiebt sich ein grundsätzlich unüberprüfbarer Verwaltungsakt zwischen Rechtssatz und Pflicht z. B. bei der Ladung eines Zeugen oder bei der Heranziehung zu Naturaldiensten nach dem preußischen Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 (§§ 68, 69). Wer versehentlich zu gar nicht geschuldeten Diensten herangezogen wird, kann Rechtsmittel einlegen. Tut er es nicht, so muß er sich der, wenn auch fehlerhaften, Heranziehung fügen.

## V. Rechtsverhältnis der öffentlichen Last.

Die Pflichtseite der öffentlichen Last ist einfach und klar. Der Verpflichtete hat das zu tun, was von ihm verlangt wird. Außer bei Not an Mann[3] oder bei sonstiger Unentbehrlichkeit ist Stellvertretung zulässig, z. B. in der Form der sog. „Ausquartierung“ nach § 10 des Quartierleistungsgesetzes.

Mit der Pflicht verbindet sich vielfach ein Entschädigungsanspruch. Der Zeuge erhält seine Zeugengebühr, der Quartierwirt des Soldaten sein „Servis“[4], der Armenanwalt nach einem Reichsgesetze vom 20. Dezember 1928 seine Gebühren und Auslagen aus der Staatskasse. Andere Gesetze verlangen die Dienste ausdrücklich unentgeltlich, so das preußische Wassergesetz bei der Hilfeleistung in Hochwassernot (§ $315^{I}$), oder die Unentgeltlichkeit versteht sich von selbst, wie

---

[1] KriegslG. v. 13. Juni 73 §§ 17f., 6.
[2] Vgl. pr. Wassergesetz v. 7. Apr. 13 §§ 310, 302, $315^{I}$.
[3] Pr. KAbgG. § $68^{III}$. [4] QuartierleistG. v. 25. Juni 68 § 15.

bei den Hand- und Spanndiensten des Kommunalabgabengesetzes, da es sonst keinen Sinn hätte, daß die Gemeinde Leistung eines angemessenen Geldbeitrags statt des Naturaldienstes gestatten kann (§ 68$^{IV}$), oder bei der Straßenreinigung oder beim Dienst in einer Pflichtfeuerwehr. Auch die Abgabe des Pflichtexemplars eines neu erschienenen Buches an die Universitätsbibliothek ist selbstverständlich unentgeltlich. Der Enteignungsartikel der Reichsverfassung steht nicht im Wege, da das Reichspreßgesetz, also ein Reichsgesetz, die Anordnung der Ablieferungspflicht gestattet (§ 30$^{III}$). Daneben gibt es aber auch Fälle, die nicht so klar liegen. Der Bürger kommt beim Ziehen der Feuerspritze zu Schaden, oder das zu Spanndiensten gestellte Pferd wird überanstrengt und geht ein. Hier sind die allgemeinen Grundsätze über öffentlichrechtliche Entschädigung heranzuziehen. Thüringen billigt bei Lastenauflage durch Polizeiverfügung auf einen Unbeteiligten dem Geschädigten einen Ersatzanspruch allgemein zu (LVO. § 50), und in Preußen muß hier der oft genannte § 75 Einl. ALR. herhalten. Denn auch die Gesundheit gehört zu den „besonderen Vorteilen", deren Aufopferung einen Entschädigungsanspruch nach sich zieht.

### VI. Verwaltungszwang und Rechtsschutz.

Zur Durchführung der öffentlichen Last kommen die üblichen Zwangsmittel zur Anwendung: Ersatzvornahme, z. B. Kauf des abzuliefernden Pflichtexemplars in einer Buchhandlung auf Kosten des Verlegers, Zwangsstrafe, persönlicher Zwang, etwa Vorführung der Auskunftsperson vor die Behörde. Daneben greift bisweilen das Strafrecht helfend ein, wie bei der Nothilfepflicht und den Anzeigepflichten verschiedenster Art. Namentlich kann auch eine Polizeiverordnung die Unterlassung der Erfüllung einer anderweit begründeten Lastenpflicht unter Strafe stellen[1], obgleich sie, wie gezeigt, in der Regel nicht imstande ist, von sich aus eine Lastenpflicht zu erzeugen. Bei gewissen Lasten, namentlich der Pflicht zum Streuen bei Glatteis, übt endlich auch die drohende Haftpflicht nach § 823$^{II}$ BGB. einen heilsamen Druck auf den Verpflichteten aus.

Der Rechtsschutz des Verpflichteten ist so mannigfach gestaltet wie nur möglich. Gegen die Heranziehung zu den preußischen Kommunaldiensten sind die Rechtsbehelfe der Einspruch und dann die Klage im Verwaltungsstreitverfahren[2], während die an den einzelnen gerichtete Anordnung, den Weg vor seinem Hause zu reinigen, den Regeln über die Anfechtung polizeilicher Verfügungen unterliegt[3]. Gegen die Heranziehung zu Militärlasten ist überhaupt kein Verwaltungsstreitverfahren, noch weniger ein Verfahren vor den ordentlichen Gerichten vorgesehen. Bei der polizeilichen Nothilfe schützt den Pflichtigen der Strafrichter, während für die Geltendmachung der etwa gegebenen Entschädigungsansprüche meist der Rechtsweg vor den Zivilgerichten offensteht. Gegen die Anforderung von Pflichtexemplaren gibt es in Preußen, genau genommen, nur die formlose Beschwerde, doch eröffnet das OVG. durch eine etwas gewagte, aber sehr rechtsstaatliche Gedankenführung den Weg vor den Verwaltungsgerichten. Da nämlich die berechtigte Bibliothek nicht selbst vollstrecken kann, wendet sie sich an die örtlich zuständige Ortspolizeibehörde mit dem Ersuchen, ihr die gewünschten Bücher zu verschaffen. Willfährt die ersuchte Behörde durch Anordnung des Verwaltungszwangs, so ist dies streng genommen keine polizeiliche Verfügung, da der Zweck der Maßnahme nicht auf polizeilichem Gebiete — Ruhe, Sicherheit, Ordnung, Abwendung von Gefahren — liegt. Ganz folgerichtig weist das OVG. die gegen die Anordnung der Ortspolizeibehörde erhobene Klage als unzulässig ab, wenn das Ersuchen der Bibliothek begründet war. Nach strengem Rechte müßte das OVG. auch im andern Falle so verfahren. Tatsache ist aber,

[1] KG. 25. März 27, PrVerwBl. 48 (1927) S. 536f.
[2] KAbgG. §§ 69, 70.
[3] Pr. Wegereinigungsges. v. 1. Juli 12 § 11$^{I}$.

daß das OVG. hier die Anordnung der Ortspolizeibehörde aufhebt mit der Begründung, wenn das Ersuchen der Bibliothek unberechtigt gewesen sei, habe die Ortspolizeibehörde ihre eigene Gewalt, die aber nur Polizeigewalt sein könne, zur Geltung gebracht, also eine Polizeiverfügung erlassen, die der Anfechtung im Verwaltungsstreitverfahren unterliege. Da nun aber keine Polizeiwidrigkeit gegeben ist, hebt das OVG. die Verfügung auf[1]. Im Ergebnis gewährt also das OVG. den vollen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz[2].

## § 20. Die Polizei.

Otto Mayer I S. 203ff., 212ff., 226ff., 239ff., II S. 85f., 92; Fleiner S. 135f., 330ff., 385ff., 405ff.; Schoen S. 261ff., 263ff.; Hatschek S. 115—174; Loening S. 4ff., 231ff.; G. Meyer-Anschütz S. 673ff., 752ff.; G. Meyer-Dochow S. 5ff., 19ff.; Herrnritt S. 327ff., 337ff.; Merkl S. 241ff.; Kormann-List S. 310ff.

W. Jellinek Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen 1913.

Foerstemann Principien des preußischen Polizeirechts 1869; Rosin Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen 1882, 2. Aufl. 1895; derselbe Der Begriff der Polizei 1895 (Sonderabdruck aus VerwArch. 3 S. 249ff.); derselbe Art. „Polizei" im WStVR. III; O. Gerland Über den Begriff der Polizei und insbesondere der Sicherheitspolizei nach preußischem Rechte, Arch.-ÖffR. 5 (1890) S. 1ff.; derselbe Das Recht der Polizeiverordnungen in der pr. Monarchie[2] 1901; derselbe Die Mängel der Polizei, SchmollersJ. 22 (1898) S. 1299ff.; Schilling Beiträge zur Entwicklung des Polizeibegriffs nach preußischem Recht, VerwArch. 2 (1894) S. 474ff.; Bornhak Das Polizeiverfügungsrecht in Preußen, VerwArch. 5 (1897) S. 136ff.; Biermann Privatrecht und Polizei in Preußen 1897; Wolzendorff Die Grenzen der Polizeigewalt I 1905, II 1906; derselbe Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht, ArchÖffR. 24 (1909) S. 325ff.; derselbe Richtlinien des polizeilichen Wirkens, PrVerwBl. 32 (1911) S. 257ff.; derselbe Der Polizeigedanke des modernen Staats 1918 (dazu Frielinghaus PrVerwBl. 41, 1920, S. 417f.); Thoma Der Polizeibefehl im badischen Recht I 1906; derselbe Grundrechte und Polizeigewalt, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 183ff.; Schanze Die Polizei, FischersZ. 35 (1909) S. 89ff.; Anschütz Die Polizei, Vorträge der Gehe-Stiftung II 1910; derselbe Art. „Polizei" im HWBKommunalW. III; derselbe Der Begriff der Polizei und die Schranken der Polizeigewalt, Stusev. 1921/22 S. 400ff., 418ff.; Friedrichs Das Polizeigesetz 1911; derselbe Aufsichtspolizei, VerwArch. 28 (1921) S. 105ff., 213ff.; derselbe Grundzüge des Polizeirechts[2] 1927; Kitzinger Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt 1913; Lassar Allgemeines Polizeirecht, in v. Brauchitsch Pr. VerwGesetze II[21] 1928 S. 1ff.; Peucker Der Ideengehalt des Polizeibegriffes, PrVerwBl. 47 (1926) S. 569ff.; Drews Preußisches Polizeirecht, Allg. Teil[2] 1929; Weinberger-Walitschek Polizeirecht 1927; Stier-Somlo Art. „Polizei, Polizeirecht", „Polizeiverfügung", „Polizeiverordnung", „Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei" im HWBRW. IV 1927, V 1928; Neuwiem Polizeirecht, Allg. Teil, in Giese-Neuwiem-Cahn Deutsch. VerwRecht 1930 S. 141ff.; Oehler Das allg. Polizeirecht in den deutschen Ländern und in Österreich 1930. — Jebens Verwaltungsrechtliche Aufsätze 1899; v. Laun Das freie Ermessen und seine Grenzen 1910; Bühler Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung 1914.

Wegweiser durch die (pr.) Polizei[5] 1931. Degenhardt-Koch-Peters Polizeirecht, Sammlung der f. d. Pol. einschlägigen Bestimmungen 1926, Deckbl. u. Erg. 1927—31; W. Abegg Aufgaben und Aufbau der Polizei 1925. Zum Entwurf e. pr. PolVerwG. Drews u. W. Jellinek im RVerwBl. 52 (1931) S. 2ff., 121ff. — Kommentare zum bay. PolStGB. von Frhr. v. Riedel-Sutner[7] 1907, Schiedermair[2] 1931, Weinisch[2] 1924, Schmitt[9] 1930; Gerstle Die Polizeiverfügung im bay. Recht, AnnDR. 1917 S. 540ff., 721ff.; Nawiasky Die allgemeine Rechtsstellung der Polizei, BayVerwBl. 74 (1926) S. 385ff.; dazu von Jan ebenda 75 (1927) S. 209ff.; Eichner Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei nach der bayerischen Rechtsentwicklung 1927 (dazu Besprechungen von Laforet, Wintrich und Dittmann in BayVerwBl. 75, 1927, S. 447f.; 76, 1928, S. 177ff., 183ff.); derselbe Bedeutung des Art. 102 AG. StPO. f. d. bay. Polizeirecht, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 1ff., 25ff.; Weinisch Handhabung d. Ortspolizei i. d. mittelbaren (bay.) Gemeinden 1930; K. Freudenthal Der Polizeibefehl im bay. Recht, BayVerwBl. 79 (1931) S. 33ff. u. Forts. — v. Schicker Das Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren in Württemberg[4] 1907; Nebinger Das Württ. Polizeistrafgesetz u. d. Handhab. d. Polizeigewalt i. Württemberg[2] 1930; L. Köhler Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und Verfügungen straf- oder polizeirechtlichen Inhalts[2] 1922; Nebinger Die Rechtsgrund-

[1] PrOVG. 15. Dez. 99 u. 5. Apr. 28, Entsch. 36, 434ff. u. 83, 199ff.; vgl. auch PrOVG. 24. Okt. 13 u. 5. Juni 19, Entsch. 65, 279ff. u. 75, 400ff.

[2] Dies würdigt nicht genügend Häntzschel Reichspreßgesetz 1927 S. 271, 274.

lagen der Polizeigewalt, WürttZ. 67 (1925) S. 256ff.; HOFACKER desgl., WürttZ. 68 (1926) S. 79ff.; NEBINGER Die polizeiliche Auflage, WüRV. 19 (1926) S. 81ff. Württ. Polizeihandbuch, her. v. d. Württ. Polizeifachschule beim Polizeipräsidium Stuttgart, Heft 1—7 (1927—29). — SCHLUSSER-MÜLLER Das badische Polizeistrafrecht[3] 1908. — FINKE-MESSER D. allg. Polizeirecht Thüringens 1928; FINKE u. a. Thür. (besond.) Polizeirecht I 1929, II 1930. — LASSALLY Grundzüge d. hamb. Polizeirechts 1931. — LANKENAU Old. Polizeihandbuch 1929. — EILERS Polizeirecht f. d. brem. Staatsgebiet I 1927, II[2] 1930. — MANNHARDT Die polizeilichen Aufgaben des Seemannsamtes 1913; ROSSTEUSCHER Die Polizei der deutschen Konsuln, AnnDR. 1907 S. 353ff., 443ff., 493ff. — DEHMAL Die österreichische Polizeigesetzgebung 1926; LANGHARD Die politische Polizei der schweizerischen Eidgenossenschaft 1909. — Die Polizei in Einzeldarstellungen, her. von W. ABEGG, 1926—28.

WOLZENDORFF Grundsätze der Polizeiorganisation im Volksstaate, PrVerwBl. 40 (1919) S. 622ff. — RETZLAFF Der Polizeibeamte, Dienst- und Lebensregeln in Form einer Dienstvorschrift, 12. Aufl. von ECHTERHOFF u. GUNDLACH 1925; dasselbe, für Bayern bearbeitet von JULIER 1925; RETZLAFF Polizei-Handbuch[35], bearb. von ECHTERHOFF 1930; WOLFSTIEG-SCHMAHEL Der pr. Polizeibeamte 1930; PIRNER Stellung des Polizeioffiziers 1926; ERKENS Weibliche Polizei 1925; KLAHRE Lehr- und Handbuch für die sächsische Land-Gendarmerie[4] 1926.

ANSCHÜTZ Polizei, Staat und Gemeinde in Preußen, Berl. Festg. f. BRUNNER 1914 S. 339ff.; v. BUCHKA Geschichtl. Entw. d. Staatsaufsicht über d. Polizeiverwaltung der Städte in Preußen, PrVerwBl. 37 (1916) S. 422ff.; FRIEDRICHS Gemeindepolizei und Staatspolizei, Stusev. 1922/23 S. 160f.; DERSELBE Polizei und Gemeinde, Stusev. 1925 S. 857f.; PRÜTZ Selbstverwaltung und Polizei, Stusev. 1926 S. 556ff.; PEUKER Das staatliche Polizeimonopol, PrVerwBl. 47 (1926) S. 437; REUS Polizei- u. Selbstverwaltung insbes. i. Rahmen d. bay. Gemeinderechts 1929; HOFMANN Die Polizei im bay. Gemeinderecht 1930; OBERMAYER Beteiligung d. bad. Gemeinden a. d. Polizeiverwaltung 1930. — LASSAR Polizeikostengesetz, in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 97ff. u. 2. Nachtr. 1929; BRACHT-KOTTENBERG Pr. Polizeikostengesetz 1930; PAETSCH-LANGENSCHEIDT Vorschriften über Verkehrseinrichtungen (§ 2 III PolKostG.) 1930; BÄHNISCH Polizeikostenausgleich, VerwArch. 35 (1930) S. 49ff.; SCHÜLE Über die Verteilung der Kosten der Ortspolizei zwischen Staat und Gemeinde, BadVerwZ. 1925 S. 93ff., 105ff.

NEBINGER Verbots- und Warnungstafeln, WüRV. 22 (1929) S. 145ff. — O. GERLAND Über die örtliche Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden, VerwArch. 4 (1896) S. 197ff.; DERSELBE Über die Einheit der Polizeiverwaltung in Preußen, ArchÖffR. 17 (1902) S. 230ff.; BÖLLING Umfang und Grenzen der landrätlichen Polizei- und Polizeiaufsichtsgewalt, Stusev. 1927 S. 207ff. — FR. MÜLLER Abgrenzung der besonderen Polizeiverwaltungszweige untereinander und gegenüber der allgemeinen Polizei, PrVerwBl. 37 (1916) S. 114ff.; BORCHARD Fachpolizei u. allg. Polizei, RVerwBl. 51 (1930) S. 128ff.; HEINE Der Bereich der Baupolizei gegenüber and. Zweigen d. Polizeigewalt, PrVerwBl. 46 (1925) S. 85ff.; DERSELBE Baupolizei und gewerbliche Betriebe, PrVerwBl. 47 (1926) S. 121ff.; LINDENAU Polizeigewalt und Wohnungsfürsorge, DJZ. 1928 Sp. 281ff.; KREBS Zuständigkeit der Wasserpolizei, Begriff der Strom- und Schiffahrtspolizei in Preußen, PrVerwBl. 49 (1928) S. 163ff., 177ff.; OFFENBERG Die landespolizeilichen Befugnisse der Landeskulturbehörden und ihre Ausübung, ZAgrR. 10 (1928) S. 1ff. Über das Verhältnis der Bahn- zur Ortspolizei G. MÜLLER u. CHARITIUS „Die Polizei“ 26 (1929) S. 615ff., 27 (1930) S. 334ff., JW. 1930 S. 2833ff., 1931 S. 845f.

H. PETERS Die Polizeiwidrigkeit und ihre Beziehungen zur Rechtswidrigkeit, VerwArch. 29 (1922) S. 369ff.; PILARS DE PILAR Rechtl. Charakter der behördl. Aufsicht gemäß § 4 KartVO., KartRdsch. 27 (1929) S. 259ff. — TREITEL Schutz d. Artisten u. d. Publikums durch d. Polizei. PrVerwBl. 46 (1925) S. 505; LÜHRMANN Schutz d. Privatrechte durch d. Polizei, „Die Polizei“ 23 (1926) S. 105ff.; DREWS Vom Recht der Polizei zur Feststellung der Persönlichkeit, ebenda 26 (1929) S. 477ff.; WALDECKER Die Anstaltspolizei, AnnDR. 1915 S. 290ff.; KUPRIAN desgl., AnnDR. 1929 S. 378ff.; SCHOLZ Die polizeirechtliche Gefahr, VerwArch. 27 (1919) S. 1ff.; FRIEDRICHS Gefahr, PrVerwBl. 42 (1921) S. 51ff.; VON MÜLLER Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit im Polizeirecht, RVerwBl. 51 (1930) S. 92ff.; FR. MÜLLER Kann d. Tabakrauchen jugendl. Personen pol. verboten werden? PrVerwBl. 37 (1916) S. 186f.; LEPPMANN Die Geräuschbelästigung und ihre ärztliche Begutachtung, WürttZ. 42 (1900) S. 17ff.; KISSKALT Gesundheitsschädigung i. d. Wohnung durch schlechte Luft, Rauch, Lärm, VJSchr. f. öff. Gesundheitspflege 46 (1914) S. 545ff.; RASCH Schutz gegen störende Geräusche, PrVerwBl. 39 (1918) S. 73ff., 86ff.; W. JELLINEK Zulässigkeit von Polizeiverordnungen gegen Rundfunkstörungen (ungedr. der Reichs-Rundfunk-Gesellschaft erstattetes Gutachten) 1929; STELLING Ist eine PolVO. rechtsgültig, welche ganz allgemein das Töten von (wildernden usw.) Hunden gestattet? 1927 (hierzu auch MinBlLandw. 1930 Sp. 5ff. u. STELLING RVerwBl. 51, 1930, S. 672ff.). — DREWS Die „nötigen Anstalten“ im Sinne des § 10 II 17 ALR., RVerwBl. 50 (1929) S. 2ff. — WOLZENDORFF Kommunale Wohlfahrtspflege als Ursache polizeilicher Beschränkung der Einzelfreiheit, VerwArch. 21 (1913) S. 515ff.; L. FRANK Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung 1919; W. ALNOR Zulässigkeit polizeilichen Zwanges zur Benutzung kommunaler Anstalten, Kieler Diss. 1923; FR. DREYER Gewerbefreiheit und Gemeindemonopole, Marb. Diss. 1930. — SCHULTZENSTEIN Die Gleichheit im Polizeirecht, JW. 1919 S. 140ff.

Stier-Somlo Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustande, VerwArch. 6 (1898) S. 275ff.; Schultzenstein Polizeiwidriges Handeln und Vertretung, VerwArch. 15 (1906) S. 1ff.; Schade Eigentum und Polizei. Eine verwaltungsr. Unters. m. Berücks. d. Rechtspr. d. SächsOVG., ArchÖffR. 25 (1909) S. 266ff.; Goedecke Die Polizeideliktsfähigkeit der juristischen Personen, Stusev. 1925 S. 826ff., 858ff.; Josef Vertretung bei polizeiwidrigem Handeln, PrVerwBl. 46 (1925) S. 395ff.; Scholz-Forni Über die Verantwortlichkeit des Urhebers eines polizeiwidrigen Zustandes, VerwArch. 30 (1925) S. 11ff., 244ff.; Troitzsch Der Adressat der Polizeiverfügung, MecklZ. 42 (1926) Sp. 325ff.; E. Isay Der städt. Grundeigentümer als Polizeipflichtiger (kritische Betrachtung), RVerwBl. 51 (1930) S. 237ff., 371; Reichert desgl. S. 369ff. Über Hausnummernbeleuchtung Käymer RVerwBl. 50 (1929) S. 231ff. u. Askenasy „Grundeigentum“ 48 (1929) S. 489ff. G. Müller Wer stört den Verkehr? Das Plakat oder sein Leser? „Städtetag“ 24 (1930) S. 401ff. — W. Heine OVG. u. Borkumlied, Zentral-Verein-Ztg. 4 (1925) Nr. 21; Canditt Das OVG. u. d. Borkumlied, „Die Justiz“ 1 (1925/26) S. 79ff.; H. Peters Die polizeirechtlichen Lehren der sog. Borkumlied-Entscheidung des OVG., „Die Polizeipraxis“ 1927 S. 369ff.

Der Staat hat jetzt alles, dessen er zur Erfüllung seiner Aufgaben positiv bedarf: mit Treuepflicht verbundene Dienste, die Möglichkeit, sich Geld und bestimmte Gegenstände zu verschaffen, Naturalleistungen. Und doch fehlt ihm noch etwas: die Handhabe zur Verhütung von Störungen. Beim Dienstbefehl, bei der Auferlegung einer Geld- oder Naturalleistung herrscht der positive Befehl, das Gebot, vor. Die Enteignung ist auf der Seite des Enteigneten eine Machtentziehung, auf der Seite des Unternehmers eine Machtverleihung. Was offenbar noch mangelt, ist ein Gebiet, auf dem als Mittel der Verwaltung hauptsächlich das Verbot Anwendung findet. Dies Gebiet aber ist das der Polizei. Allerdings sei gleich hier der Meinung entgegengetreten, als habe es die Polizei nur mit Verboten zu tun. Aber man braucht nur an die Polizeiverordnungen oder die polizeilichen Warnungstafeln mit ihrem ewig wiederkehrenden „Es ist verboten“ zu denken, um die Richtigkeit der Ansicht bestätigt zu finden, daß für die Polizei vor allem das Verbot typisch ist.

## I. Begriff, Arten, Erscheinungsformen der Polizei.

**1. Der Begriff der Polizei** hat eine lange Geschichte hinter sich[1]. Der Wortstamm ist der gleiche wie beim Worte „Politik“ und geht auf das griechische „πόλις“, Stadt, Staat zurück, genauer auf das von πόλις abgeleitete Wort πολιτεία, das zunächst soviel bedeutete wie „Bürger sein, Leben als Bürger in einer Stadt“, um dann den Sinn von „Staatsverfassung“ und bei Aristoteles von „guter Staatsverfassung“ anzunehmen. Im ausgehenden Mittelalter wandelte sich der Sprachgebrauch dahin, daß man unter dem französischen Worte „police“ und dann dem deutschen Worte „Polizey“ die gute Ordnung verstand, die von der weltlichen Obrigkeit zu handhaben ist[2]. In dieser Bedeutung wurden seit dem 16. Jahrhundert Reichspolizeiordnungen erlassen, erstmals im Jahre 1530. Dann aber drang die naturrechtliche Auffassung vor, wonach der Landesherr kraft des staatsgründenden Vertrages das Recht habe, mit allen Mitteln für das Wohl der Allgemeinheit und der einzelnen Bürger zu sorgen. Da man dies Recht als „ius politiae“, Polizeirecht, bezeichnete, dehnte sich der Polizeibegriff nahezu ins Ungemessene aus. Allerdings schied man Justiz, Äußeres, Finanzen und Heerwesen aus dem Begriffe aus, aber was übrig blieb, war doch noch das gesamte Gebiet der inneren Verwaltung. Der Begriff beschränkte sich also nicht auf die Ordnungsbewahrung, sondern umfaßte auch die gesamte Wohlfahrtspflege.

Es ist das Verdienst des großen Juristen Johann Stephan Pütter, den Polizeibegriff wieder von der Wohlfahrtspflege befreit zu haben. In seinen 1770 erstmals

[1] Viele Belege bei Foerstemann Principien des pr. Polizeirechts 1869 S. 1ff. Vgl. auch oben S. 83.

[2] Die Ableitung des Wortes von πολιτεία wird durch das Ansehen des Grimmschen Wörterbuchs (VII 1889 Sp. 1981ff.) verbürgt. Der Versuch einer anderen Ableitung (von pollex, Daumen, vgl. den Hinweis RegRats. Stobbe auf Gustav Freytag in der Ztschr. „Die Polizei“ 1927 S. 405) wird hiergegen schwerlich etwas ausrichten.

erschienenen Institutiones iuris publici Germanici § 331 bestimmt er das Polizeirecht als den Teil der höchsten Gewalt, durch den die Sorge um die Abwehr solcher künftigen Übel ausgeübt wird, die im Staatsinnern für die Allgemeinheit zu befürchten sind. („Ea supremae potestatis pars, qua exercetur cura avertendi mala futura in statu rei publicae interno in commune metuenda, dicitur ius politiae.") Die Sorge um Vermehrung des Wohles gehört nach PÜTTER nicht eigentlich zur Polizei. („Promovendae salutis cura proprie non est politiae, ...".) Dieser engere Polizeibegriff ist der heutige dadurch geworden, daß der Verfasser des ALR. ihn wenigstens an einer Stelle des großen Gesetzeswerkes sich zu eigen machte: im § 10 II 17. Wenn es dort heißt:

„Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey",

so steht bei aller Bestrittenheit der Tragweite dieser Vorschrift fest, daß die Wohlfahrtspflege, wenigstens hiernach, nicht zum Amte der Polizei gehört.

§ 10 II 17 ALR. gilt auch heute noch[1]. Durch eine musterhafte Untersuchung[2] hat es allerdings ROSIN sehr wahrscheinlich gemacht, daß § 10 II 17 keine Begriffsbestimmung der Polizei enthält, sondern nur angibt, wieweit die Polizeibehörden beim Erlasse von Polizeiverfügungen gehen dürfen. Für den Erlaß von Ortspolizeiverfügungen gilt § 10 II 17 nach ROSIN uneingeschränkt auch heute noch, während die Verordnung vom 26. Dezember 1808 für die landespolizeilichen Verfügungen und die Polizeiverordnungen zum vorpütterschen Polizeibegriff zurückgekehrt sei und damit auch das Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850 beeinflußt habe. Mit dieser letzten Ansicht ist aber ROSIN nicht durchgedrungen, vielmehr hat das preußische OVG. durch seine berühmte Kreuzbergentscheidung vom 14. Juni 1882 Rechtsprechung und Rechtswissenschaft im entgegengesetzten Sinne beeinflußt[3]. Es handelte sich damals um die Gültigkeit einer Polizeiverordnung des Berliner Polizeipräsidenten, nach der Gebäude in der Nähe des Kreuzberges nur in solcher Höhe errichtet werden durften, „daß dadurch die Aussicht von dem Fuße des Denkmals auf die Stadt und deren Umgebung nicht behindert und die Ansicht des Denkmals nicht beeinträchtigt wird". Als wohlfahrtspflegliche Maßnahme wäre die Verordnung gültig gewesen. Das OVG. stellte sich aber unter eingehender Begründung auf den Standpunkt, daß § 10 II 17 ALR. auch die Verordnungsgewalt der Polizeibehörden begrenze, und erklärte die Verordnung für ungültig. Dabei ist es geblieben[4], und nicht nur in Preußen. Auch die bedeutendste neuere Kodifikation des Polizeirechts, die thüringische LVO. vom 10. Juni 1926, hat den landrechtlichen, engen Polizeibegriff übernommen, wenn sie, mit einer kleinen Abweichung, bestimmt (§ 32):

„Die Verwaltung hat als Polizei die Aufgabe, der Gesamtheit oder dem einzelnen bevorstehende Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Ruhe, Sicherheit oder Ordnung gestört wird."

Ähnliche Begrenzungen enthalten auch Gesetze anderer Länder.

Angesichts solchen Vorherrschens der gesetzlichen Begriffsbestimmung läuft eine wissenschaftliche Definition, die sich nicht wörtlich an das Gesetz anschließt, immer Gefahr, ungenau zu sein. Bei dem unverkennbaren Einfluß OTTO MAYERS auf die Rechtsprechung des sächsischen OVG. sei wenigstens seine Definition genannt. Er bezeichnet[5] die Polizeigewalt als „die öffentliche Gewalt, die auf

[1] Doch s. Anm. 4.

[2] ROSIN Der Begriff der Polizei 1895, auch VerwArch. 3 (1895) S. 249ff.

[3] PrOVG. 14. Juni 82, Entsch. 9, 353ff.

[4] Ebenso PolG. 1931 § 14[I]: „Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird." Dasselbe Gesetz hebt im § 79[IIa] den § 10 II 17 ALR. mit Wirkung vom 1. Okt. 31 formell auf.

[5] I S. 209 Text u. Anm. 14.

dem Gebiete der Verwaltung wirksam wird zur Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens aus dem Einzeldasein", und die Polizei als die „Verwaltungstätigkeit ..., die mit jener Gewalt arbeitet". Aber Polizei ist es doch auch, wenn die Behörde für die Beseitigung des Felsblocks sorgt, der ohne menschliches Zutun auf die Straße gerollt ist; zum mindesten bei der Frage der Polizeikosten muß man auch solche Fälle unter den Polizeibegriff bringen können. Es genügt daher, wenn man die Polizei noch allgemeiner umschreibt als die Staatstätigkeit zur Abwehr von Störungen der öffentlichen Ordnung im Staatsinnern.

2. Für die **Arten der Polizei** gibt es verschiedene Einteilungsmöglichkeiten.

a) Vorbeugende Polizei und Polizei der Strafrechtspflege[1]. Die erste will die Störung hindern, die zweite den für die Störung Verantwortlichen zur Rechenschaft ziehen. Die Scheidung ist insofern wichtig, als für diese die StPO. gilt, für jene andere Bestimmungen, z. B. das preußische Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850. Doch verwischt der Zweckzusammenhang leicht die Grenze. So haben nach § 3[I] des (noch nicht in Kraft getretenen) Reichskriminalpolizeigesetzes vom 21. Juli 1922 die Landeskriminalbehörden nicht nur die Aufgabe, die Staatsanwaltschaften und Gerichte bei der Aufdeckung und Aufklärung von Straftaten zu unterstützen, sondern auch die, solche Straftaten zu verhüten. Die Polizei der Strafrechtspflege wird meist durch besondere Kriminalpolizeibeamte, auf dem Lande durch die Landjägerei[2] oder Gendarmerie wahrgenommen.

b) Die Heraushebung der Schutzpolizei aus der übrigen Polizei hat nur beamtenrechtliche Bedeutung und hängt zusammen mit den Schwierigkeiten, die der Feindbund der Bildung einer nach militärischen Grundsätzen geordneten Polizeimannschaft in den Weg legte. Nach § 1 des Reichsgesetzes vom 17. Juli 1922[3] war Schutzpolizei die Polizei der Länder, deren Angehörige in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse standen und auf Zeit in der Weise angestellt waren, daß sie zu einer ununterbrochenen Dienstzeit von zwölf Jahren verpflichtet waren und in der Regel nach Ablauf dieser Zeit ausschieden. Zur Ausführung des Gesetzes und später selbständig sind Landesgesetze ergangen, nicht ohne durch Mannigfaltigkeit der Bezeichnung, wie „Schutz"-, „Staats"-, „Ordnungs"-, „Sicherheitspolizei", die Übersicht zu erschweren.

c) Damit berühren wir eine für das Verwaltungsrecht bedeutsamere Unterscheidung: die in Sicherheitspolizei und Verwaltungspolizei. „Sicherheitspolizei" im weiteren Sinne bedeutet Polizei schlechthin im Gegensatze zur Wohlfahrtspflege. Einige Gesetze gebrauchen aber das Wort enger, so § 143 LVG., wonach ortspolizeiliche Vorschriften in Städten der Zustimmung des Gemeindevorstandes bedürfen, „soweit sie nicht zum Gebiete der Sicherheitspolizei gehören". Im Anschluß an einen königlichen Erlaß vom 14. April 1810 umschreibt man als die Aufgabe der Sicherheitspolizei den vorbeugenden Schutz der Rechtsordnung vor rechtswidrigen Angriffen[4]. Daher gehört die Polizei der verdächtigen Personen oder der erfahrungsgemäß Rechtswidrigkeiten begünstigenden Tätigkeiten hierher, wie Überwachung von Bettlern, Landstreichern und Vorbestraften, Fremdenpolizei, Presse-, Vereins- und Versammlungspolizei. Eine 37 Nummern umfassende Liste von Gegenständen der früher als Sicherheitspolizei bezeichneten „Ordnungspolizei" enthält eine sächsische Verordnung vom 15. September 1922 (§ 9). Was nicht Sicherheits- oder Kriminalpolizei ist, pflegt man mit

[1] Oder präventive und repressive Polizei.
[2] Vgl. für Preußen RdErl. d. Min. d. I. v. 11. Okt. 26, MinBliV. 1926 Sp. 931ff.
[3] Bis auf Übergangsbestimmungen aufgehoben durch G. v. 10. Juli 26.
[4] Rosin Polizeiverordnungsrecht[2] 1895 S. 247; vgl. auch H. Peters S. 199ff.; PrOVG. 24. März 27, Entsch. 81, 249ff.

dem nichtssagenden Ausdrucke „Verwaltungspolizei" zu bezeichnen[1]. Ein inzwischen wieder aufgehobenes thüringisches Gesetz vom 27. März 1924 rechnete u. a. die Feuer-, Bau-, Wohnungs-, Wasser-, Jagd-, Fischerei-, Sitten-, Gesundheits- und Nahrungsmittelpolizei dazu.

d) Entspricht die soeben behandelte Einteilung sachlichen Zuständigkeitsgebieten, so hat man bei Unterscheidung der Polizei in Ortspolizei und Landespolizei räumliche Gesichtspunkte im Auge. Maßgebend ist hier, wie bei den meisten Abgrenzungen innerhalb der Polizei, das wahrzunehmende Interesse. Was zum Wohle einer einzelnen Gemeinde anzuordnen ist, ist Ortspolizei, was das ganze Land angeht, Landespolizei[2]. In einem Lande von der Größe Preußens schiebt sich zwischen die vom Oberbürgermeister, Bürgermeister, Polizeipräsidenten oder Amtsvorsteher wahrzunehmende Ortspolizei und die dem Regierungspräsidenten anvertraute Landespolizei noch die Kreispolizei als Zwischenglied ein.

e) Hiermit verwandt ist die Unterscheidung der Polizei in Gemeindepolizei und Staatspolizei, nur daß es eine Gemeindepolizei im strengen Wortsinne in den meisten deutschen Ländern nicht gibt. Auch dort nämlich, wo die Polizei von einem Gemeindebeamten, wie dem Bürgermeister und seinen gemeindlichen Vollzugsorganen, gehandhabt wird, übt er sie typischerweise im Namen des Staates[3], mit Gehorsamspflicht und Verantwortlichkeit nur dem Staate gegenüber, aus. Sie gehört zu den noch später (§ 23) zu besprechenden Auftragsangelegenheiten. Wenn daher der Staat in größeren Städten staatliche Polizeibehörden einsetzt[4], so ändert sich an der Handhabung der Polizei nur dies, daß der Minister in der Auswahl der mit der Polizeigewalt zu betrauenden Persönlichkeiten freier gestellt ist als bei Verwaltung der Polizei durch den gewählten, vom Staate bloß bestätigten Bürgermeister. Eine Quelle von Streitigkeiten bildet in diesem Falle die Polizeikostenfrage. Das preußische Polizeikostengesetz vom 2. August 1929 unterscheidet unmittelbare und mittelbare Polizeikosten. Die unmittelbaren trägt der Staat unter Beteiligung der Gemeinde, die mittelbaren die Gemeinde allein. Unmittelbare Kosten sind vor allem die persönlichen Bezüge der staatlichen Beamten, Angestellten und Arbeiter, die Mieten und Unterhaltungskosten für alle polizeilichen Zwecken dienende Liegenschaften nebst Einrichtungsgegenständen, Polizeigefängniskosten sowie „alle sonstigen Ausgaben, welche entstehen, um die Polizeibehörde zum Erlaß ihrer Anordnungen instand zu setzen, und die Kosten der Anordnungen selbst" (§ $1^{I}$). Dagegen sind mittelbare Kosten solche, „die infolge der Verwaltungstätigkeit der Polizei zur Herstellung polizeimäßiger Zustände in der Außenwelt entstehen" (§ $1^{II}$). Zu den unmittelbaren Ausgaben gehört z. B. die Unterbringung eines Menschen in einer Irrenanstalt zwecks Untersuchung seines Geisteszustandes, weil die Maßnahme weitere polizeiliche Entschließungen ermöglichen soll. Dagegen rechnete man von jeher die Unterbringung eines Geisteskranken in einer Irrenanstalt wegen seiner Gemeingefährlichkeit zu den mittelbaren Polizeikosten, weil diese Maßnahme nicht mehr zum polizeilichen Dienstbetriebe gehört, sondern außerhalb des Dienstbetriebes die Herstellung eines polizeimäßigen Zustandes bedeutet[5].

3. Von den Arten der Polizei sind deren **Erscheinungsformen** zu unterscheiden. Soweit die Tätigkeit der Polizei nicht-obrigkeitlicher Art ist, wie bei Entfernung jenes auf die Straße gerollten Felsblocks, bietet sie kein verwaltungsrechtliches Interesse. Unter den obrigkeitlichen Tätigkeiten aber erscheint in erster Linie der

---

[1] Z. B. sächs. VO. v. 15. Sept. 22 § 10.

[2] Z. B. bad. Polizeigesetz v. 31. Jan. 23 § 1. Vgl. auch BadVGH. 21. Dez. 10, BadVerwZ. 1911 S. 106f.

[3] So pr. PolVerwG. v. 11. März 50 § $1^{I}$. Richtlinien d. Pr. Min. d. I. für die Handhabung der Gemeindepolizei v. 2. Okt. 30, MinBliV. Sp. 877ff.

[4] Vgl. oben S. 65ff. [5] PrOVG. 12. Juni 00, Entsch. 38, 150ff.

Polizeibefehl in den beiden Spielarten der Polizeiverordnung und der befehlenden Polizeiverfügung. Wegen der nahen Zusammenhänge zwischen Polizeiverordnung und -verfügung seien beide hier nebeneinander behandelt, soweit nicht die formelle Seite der Polizeiverordnung ihre Darstellung schon früher, im Abschnitt über die Rechtsquellen (S. 127ff.), gefunden hat. Von den übrigen Erscheinungsformen der Polizei wurden Polizeizwang und Polizeistrafe im Rahmen des allgemeinen Verwaltungszwanges und der sonstigen Rechtsbehelfe der Verwaltung näher untersucht (S. 331ff.). So bleibt noch die Polizeierlaubnis übrig, auf deren Besonderheiten gegenüber dem Polizeibefehl anhangsweise einzugehen sein wird. Die Versagung der Polizeierlaubnis unterliegt im großen und ganzen den gleichen Regeln wie die befehlende Polizeiverfügung.

Während sich die Polizeiverordnung schon durch ihre Form klar von andern Staatsakten unterscheidet, ist die begriffliche Umgrenzung der Polizeiverfügung nicht ganz einfach, aber doch nötig, da der Erfolg eines Rechtsmittels davon abhängig sein kann, ob der angefochtene Verwaltungsakt eine Polizeiverfügung ist oder nicht[1]. Die thüringische LVO[2]. definiert so (§ 48):

„Polizeiverfügungen sind von den Behörden an bestimmte Personen erlassene polizeiliche Gebote oder Verbote sowie die Erteilung, Versagung oder Zurücknahme einer rechtlich vorgesehenen polizeilichen Erlaubnis, Genehmigung oder Bescheinigung",

sagt aber offenbar nicht, was sie sagen will[3]. So fehlen die Zwangsandrohungen, auch wären die irrtümlicherweise auf dem Gebiete der Wohlfahrtspflege sich bewegenden, aber als Polizeiverfügungen gedachten Verfügungen keine Polizeiverfügungen — für Preußen eine Unmöglichkeit, da dann gerade die fehlerhaften Verfügungen nicht vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden könnten. Man muß den Begriff weiter fassen und unter Polizeiverfügungen alle positiven und negativen Verwaltungsakte verstehen, die eine Polizeibehörde in Ausübung ihrer, wenn auch falsch verstandenen oder mißbräuchlich gehandhabten, Polizeigewalt vornimmt, oder unter Auflösung des Wortes „Verfügung": alle obrigkeitlichen Maßnahmen der Polizeibehörden als solcher, durch die bestimmte Personen getroffen werden. Verfügungen, mit denen die Polizeibehörde keinen polizeilichen Zweck verfolgt, z. B. Anordnungen über Ablieferung von Freiexemplaren an die Staatsbibliothek, sind keine Polizeiverfügungen, und nur der Wille des preußischen OVG. zum gerichtlichen Rechtsschutz hat es vermocht, solche Verfügungen dann als polizeiliche zu stempeln, wenn das Ersuchen der Staatsbibliothek unberechtigt war (oben S. 420f.).

Die befehlende Polizeiverfügung ist entweder eine vollziehende oder eine verpflichtende Verfügung[4], je nachdem sie eine bereits bestehende Pflicht geltend macht, z. B. die Beseitigung einer verbotenerweise errichteten Reklametafel verlangt, oder, wie bei Anordnung der Errichtung einer Warnungstafel vor einem Brunnen mit nicht einwandfreiem Trinkwasser, die Pflicht neu schafft. Die vollziehende Verfügung wird nach der gültigen Norm beurteilt, zu deren Ausführung sie erlassen ist, die Einwendung, sie gehe zu weit, ist, immer die Gültigkeit der Norm vorausgesetzt, ihr gegenüber unzulässig, während sich die verpflichtende Verfügung die volle Überprüfung auf Innehaltung der Grenzen der Polizeigewalt gefallen lassen muß.

## II. Die rechtlichen Grundlagen der Polizeigewalt.

Es gibt gewisse Befugnisse, ohne die man sich einen Staat überhaupt nicht denken kann. Dazu gehört die Polizeigewalt. Das mindeste, was wir vom Staate

[1] Z. B. LVG. § 127; PrOVG. 14. Juni 17, Entsch. 73, 313ff. Vgl. auch oben S. 23f., 316.
[2] Ähnlich, aber besser PolG. 1931 § 40.
[3] Vgl. jetzt auch BUCHMANN Die Anfechtungsklage d. thür. Verwaltungsrechts 1929 S. 39ff.
[4] Vgl. THOMA Polizeibefehl im bad. Recht I 1906 S. 51ff., 77ff.

verlangen, ist, daß er Ordnung in seinem Innern hält. Man muß daher ein Auge zudrücken, wenn sich in einigen deutschen Ländern das Polizeiverfügungsrecht entgegen rechtsstaatlicher Forderung nicht auf förmliche Texte gründen läßt[1]. Die Verwaltung zehrt dann eben noch von den aus der Zeit des absoluten Staates herübergenommenen Machtbefugnissen, bis sich ein Gesetz der Angelegenheit annimmt.

Für Preußen aber enthält § 10 II 17 ALR. die rechtliche Grundlage für den Erlaß polizeilicher Verfügungen, nicht nur, wie es gerne dargestellt wird[2], kraft eines nachträglichen Deutungswandels, sondern von Anfang an unverändert bis heute[3]. Das ALR. denkt viel moderner, als man einem über fünfzig Jahre vor Einführung der Verfassung erlassenen Gesetzeswerke zutraut. Überdies verstand sich die Allgewalt des Staates nur in der Person des Königs von selbst, die Behörden bedurften für ihre Betätigungen besonderer Ermächtigungen, und eine solche Ermächtigung gibt das dem Grundsatze von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung huldigende ALR. in seinem § 10 II 17.

Über die rechtliche Grundlage der Polizeiverordnungen war an anderer Stelle die Rede (S. 127ff.). § 10 II 17 ALR. gilt für sie nur mittelbar, sofern er den Polizeibegriff erläutert, deren sich die ermächtigenden Gesetze, vor allem das preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850 in seinem § 6i, bedienen.

### III. Die Grenzen der Polizeigewalt, dargestellt am ungültigen Polizeibefehl.

Der Polizeibefehl ist zunächst, wie alle Verwaltungsakte, an gewisse Form- und Verfahrensvorschriften gebunden[4]. Als besonders wichtig sei nur zweierlei hervorgehoben. Der Polizeibefehl muß klar erkennen lassen, was er vom Bürger verlangt, er darf zwar auf Zeichen im Gelände, wie Verbots- und Warnungstafeln[5], aber nicht auf fremde Gedankeninhalte, wie den Inhalt eines Hebammenlehrbuchs, verweisen[6], er darf namentlich nicht an Unbestimmtheit leiden. So hat das Kammergericht eine Verordnung für ungültig erklärt, die das „übermäßige" Füttern von Tieren, und eine andere, die den Aufenthalt „in der Nähe" von Betriebsstätten untersagte[7], und das preußische OVG. hebt Verfügungen auf, wenn sie die „ordnungsmäßige Instandsetzung" eines Weges, die Herabminderung des Hühnergeschreis auf ein „erträgliches Maß"[8], das sächsische OVG., wenn sie eine „durchgreifende" bauliche Verbesserung anordnen[9]. Von den allgemeinen Verfahrensvorschriften wurden die wichtigsten schon anderweit erörtert[10]. Hier sei nur die Überprüfbarkeit des Verfahrens trotz Verkündungs-

[1] Von ausdrücklichen Ermächtigungen seien genannt: bad. PolStGB. v. 31. Okt. 63/25. Juli 23 § 30; thür. LVO. § 32; hess. StädteO. v. 8. Juli 11 Art. 129b II 3, KrProvO. v. 8. Juli 11 Art. 66 I; hamb. VO. v. 9. Juni 1826 Ziff. 1; lipp. PolVerwG. v. 4. Apr. 30 § 1; meckl.-strel. PolVerwG. v. 8. März 30 § 1. — Wegen der andern Länder vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 272 N. 8; ferner PrOVG. 28. Nov. 16, Entsch. 72, 277ff. (neue Provinzen); Eichner Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei 1927 (Bayern); WürttVGH. 23. Dez. 29, WüRV. 23 (1930) S. 54ff.; BraunschwVGH. 28. Nov. 28, BraunschwZ. 74 (1928) Beil. S. 21ff.; BremVG. 24. Jan. 27, Entsch. 1930 S. 15. In Bayern behilft man sich mit Art. 102 AG. StPO. v. 18. Aug. 79 und Art. 20 PolStGB., zwei Bestimmungen, die sich allerdings nur auf das Einschreiten zur Verhütung strafbarer Handlungen beziehen.

[2] So wieder H. Peters S. 199 ohne Würdigung der Problematik der Frage.

[3] Vgl. oben S. 88, 424. [4] Zum folgenden vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 225ff.

[5] Andr. Ans. offenbar KG. 20. März 28, SchlHolstAnz. 1929 S. 118ff.

[6] KG. 8. Dez. 04, KGJ. 28 C 33ff. Vgl. auch KG. 9. März 28, RVerwBl. 49 (1928) S. 964f. (Meldeformulare), ferner die Regelung im PolG. 1931 §§ 31 II, 41 III.

[7] KG. 22. März 09, „Das Recht" 1909 Sp. 750; KG. 12. Juli 27, KGJ. Erg. 7, 158ff.

[8] PrOVG. 4. Dez. 24, Entsch. 79, 140ff.; PrOVG. 3. Apr. 03, PrVerwBl. 25 (1904) S. 202f.

[9] SächsOVG. 13. Nov. 07, Jahrb. 11, 318ff. Vgl. auch BayObLG. 26. Apr. 27, SammlSt. 27, 108ff. (Anordnung „langsamen" Fahrens); ThürOVG. 7. Nov. 28, Jahrb. 13, 36ff. Zu weit HansOLG. 1. Juli 29, GoltdArch. 73 (1929) S. 387f., wonach der Befehl an die Droschkenführer, sich „höflich und anständig" zu benehmen, nicht bestimmt genug sein soll.

[10] Oben S. 290f.

klausel betont. Die Erkenntnis ist für Polizeiverordnungen wichtig, bei Polizeiverfügungen versteht sie sich von selbst. In der Polizeiverordnung wird nämlich bei der Verkündung angegeben, daß sie mit Zustimmung des Magistrats, Kreisausschusses, Bezirksausschusses, Provinzialrats, nach Anhörung dieser oder jener Behörde ergehe. Darf der Richter diese Erklärung der verkündenden Behörde auf ihre Richtigkeit prüfen? Die Frage wurde vereinzelt verneint, doch überwiegt mit Recht durchaus die gegenteilige Ansicht[1].

Sieht man von solchen Form- und Verfahrensfehlern ab, so gibt es drei Gründe, die einen Polizeibefehl ungültig, d. h. also in der Regel eine Polizeiverordnung unwirksam, eine Polizeiverfügung anfechtbar, machen können: Rechtswidrigkeit in der Sache, Widerspruch mit den Tatsachen, Unzulässigkeit der zugrundeliegenden Erwägungen (Ermessensfehler). Die Rechtswidrigkeit in der Sache aber hat wieder zwei Spielarten[2]: Widerspruch mit einer höheren Norm und Machtüberschreitung.

1. **Widerspruch mit einer höheren Norm** liegt z. B. vor, wenn die Polizei etwas befiehlt, was unvereinbar mit einem höheren Befehle ist. Ein Gesetz ordnet z. B. die Ablieferung von Kadavern an eine Kadaververwertungsanstalt an, die Polizei verlangt Vernichtung der Kadaver; das Gesetz geht vor, der Polizeibefehl ist ungültig[3]. Häufiger widerspricht der Polizeibefehl einer durch Gesetz gewährten Freiheit. So gestattet das Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908 ausdrücklich „gewöhnliche Leichenbegängnisse", ohne daß sie der Anzeige oder Genehmigung bedürfen (§ $9^{II}$); also sind Polizeiverordnungen, die Laienreden am Grabe auch dort, wo solche herkömmlich sind, verbieten, ungültig wegen Widerspruchs mit einer höheren Norm[4]. Ebenso ist ungültig eine Verordnung, die den Zwischenhandel auf dem Wochenmarkt verbietet, da sie sich mit der von der GewO. gewollten Marktfreiheit in Widerspruch setzt[5]. Allerdings sind manche gesetzlichen Freiheitgewährungen nicht unbedingt gemeint, sondern als einschränkbar durch Verordnung oder Verfügung. So folgt aus der Freiheit, einen Gewerbebetrieb zu eröffnen, nicht, daß der Betrieb keinen Schranken unterliegt, und namentlich steht die Freiheit des Eigentums nicht polizeilichen Regelungen dieser Freiheit entgegen. Denn Gesetz im Sinne der Grundrechte, die Ausnahmen „auf Grund von Gesetzen" oder in ähnlichen Wendungen zulassen, sind auch Ermächtigungen nach Art des § 10 II 17 ALR. oder der Gesetze über das Polizeiverordnungsrecht[6].

2. Während die Lehre vom Widerspruch meist keine Schwierigkeiten bereitet, stecken die Hauptprobleme in der Lehre von der **Machtüberschreitung.** Dies muß allerdings nicht sein. Gewisse Ermächtigungen, namentlich in Sondergesetzen, sind so klar gefaßt, daß es ein leichtes ist, eine Zuständigkeitsüberschreitung festzustellen. Gestattet z. B. ein Gesetz ortspolizeiliche Vorschriften für den Verkehr auf Viehmärkten, so ist eine solche Vorschrift ungültig, wenn sie den Viehhandel an den Vortagen des Viehmarktes verbietet, denn hier deckt sich die Anordnung offenbar nicht mit der Ermächtigung[7]. Weniger einfach liegen die Dinge bei den unbestimmten, weitgesteckten und doch nicht als grenzenlos gedachten Ermächtigungen des § 10 II 17 ALR., des § 6i Polizeiverwaltungsgesetzes und der entsprechenden Bestimmungen der übrigen Länder. Die Ortspolizeibehörde z. B.

---

[1] Nachweise Gesetz, Gesetzesanwendung S. 236 N. 42, jetzt auch KG. 26. Nov. 20, KGJ. 53, 33ff.; PolG. 1931 § 32e.

[2] Über deren Verhältnis zu einander vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 244ff.

[3] RG. VII. ZivSen. 26. Jan. 00, JW. 1900 S. 195ff. Vgl. jetzt RGes. v. 17. Juni 11.

[4] KG. 4. Febr. 09, KGJ. 37 C 58ff.

[5] KG. 26. Febr. 94, KGJ. 15, 234ff. Vgl. noch KG. 7. Okt. 21, JW. 1922 S. 314f.; PrOVG. 4. Mai 15, Entsch. 69, 317ff.; HambVG. 22. März 26, JW. 1926 S. 2320.

[6] Vgl. z. B. BadVGH. 24. Febr. 25, BadVerwZ. 1925 S. 72ff.

[7] BayObLG. 10. Nov. 08, SammlSt. 9, 75f. Vgl. jetzt § 4 RGes. ü. d. Verkehr mit Vieh und Fleisch, Bek. v. 10. Aug. 25.

kann nach § 6i PolVerwG. durch Verordnung alles regeln, „was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß".

Will man in die umfangreiche Rechtsprechung zu jenen Bestimmungen eine gewisse Ordnung bringen, so muß man sich zunächst fragen: Welche Mittel stehen der Polizei für die Erfüllung ihrer Aufgaben überhaupt zur Verfügung? Dann: Innerhalb welcher Grenzen muß sie sich mit den ihr an sich zustehenden Mitteln halten? Ferner: An welche Adresse muß sie ihre Anordnungen richten? Endlich: Welche Folge hat die Überschreitung der von der Polizei sich selbst gesetzten Schranken? Die umfangreichste Rechtsprechung gibt es zur zweiten und zur dritten Frage, aber auch die erste und die vierte Frage sind für die Umgrenzung der Polizeigewalt wichtig.

a) Unzulässigkeit des Mittels. Das der Polizei normalerweise zur Verfügung stehende Mittel ist der auf die unmittelbare Verwirklichung eines polizeimäßigen oder Verhütung eines polizeiwidrigen Zustands tatsächlicher Art gerichtete Befehl.

Der Befehl muß der unmittelbaren Verwirklichung oder Verhütung dienen. Auferlegung einer Geldleistung ist erst im Vollstreckungsverfahren zulässig. So kann die Behörde zum Zwecke der Mückentilgung den Hauseigentümern befehlen, die Keller im Winter auszuräuchern, sie kann auch, wenn sich die Maßnahme nicht anders durchführen läßt, den Eigentümern die Verpflichtung auferlegen, das Ausräuchern durch Beauftragte der Polizei zu dulden, aber sie kann für diese Maßnahme keine Geldentschädigung verlangen. Ob es die Gemeinde durch Gemeindebeschluß unter dem Gesichtspunkte der Erhebung eines Beitrags für eine Gemeindeveranstaltung könnte, ist hier nicht zu erörtern. Die Polizei muß ferner bei ihren Befehlen die Verwirklichung oder Verhütung tatsächlicher Zustände im Auge haben, Eingriffe in Privatrechtsverhältnisse stehen ihr nicht zu. Sie kann z. B. nicht die privatrechtliche Haftung des zum Streuen bei Glatteis verpflichteten Anliegers ausschließen[1] oder einen polizeiwidrigen Gegenstand mit privatrechtlichen Folgen einziehen oder auch nur die Ablieferung, z. B. einer Waffe, mit Übereignungswirkungen verlangen, es sei denn, daß ein besonderes Gesetz sie dazu ermächtigt[2]. Das der Polizei zustehende Mittel ist endlich der Befehl in den Formen des Gebots und des Verbots. Die Polizei darf sich die Sache nicht bequem machen und, statt zu verbieten, das Erlaubte aufzählen, da sie, angesichts der Unvollkommenheit des menschlichen Denkens, auf diese Weise fast immer mehr untersagen würde, als sie bei positiver Fassung ausgesprochen hätte[3].

Das so umschriebene, der Polizei zustehende Mittel ist weiteren Beschränkungen unterworfen, zunächst räumlichen[4]. Die Polizeigewalt endigt sicher an der Landesgrenze. Eine preußische Polizeibehörde kann sicher keine Verfügung an den Eigentümer eines auf bremischem Gebiet liegenden Ufergrundstücks richten mit der Anordnung, das Grundstück zu befestigen. Ob die Polizeigewalt an der Grenze des Amtssprengels endigt, ist in den deutschen Ländern verschieden geregelt. In Preußen erwägt man so: Wenn die Ortspolizeibehörde nur anordnen darf, was im besonderen Interesse der Gemeinden, nämlich der der Ortspolizeibehörde unterstellten Gemeinden, und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß[5], so darf sie gegen keine Schädigung einschreiten, die sich ausschließlich im Nachbarbezirk bemerkbar macht[6], selbst wenn eine solche, z. B. Verseuchung eines Wasserlaufs, im eigenen Bezirk, vielleicht gerade an der Grenze, entsteht. Da aber vernünftiger-

[1] RG. VI 11. Apr. 21, RGZ. 102, 269ff.

[2] Über diese Fragen Delius PrVerwBl. 46 (1925) S. 353f.; PrOVG. 2. Apr. 25, ebenda S. 579f. Vgl. jetzt Schußwaffengesetz v. 12. Apr. 28 § 17 II. Bedenklich daher KG. 4. Febr. 27, GoltdArch. 72 (1928) S. 105f. (Eigentum am Kehricht).

[3] KG. 19. Juni 11, KGJ. 41, 367ff.; BayObLG. 4. März 11, SammlSt. 11, 114ff.

[4] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 253f., 270.

[5] PolVerwG. § 6i. [6] KG. 28. Febr. 01, KGJ. 21 C 56ff.

weise irgendeine Zuständigkeit gegeben sein muß, billigt man sie der Ortspolizeibehörde des Nachbarbezirkes zu und gestattet ihr Anordnungen an die außerhalb des Bezirks wohnenden Störer[1]. Andere Länder behandeln die Amtsgrenze ebenso wie die Landesgrenze. Auch Thüringen gehört zu dieser Gruppe, erweitert aber in Dringlichkeitsfällen die Amtsbefugnisse über die Grenze des Sprengels hinaus (LVO. § 38).

Unzulässig ist die Weiterübertragung der Polizeigewalt. Wenn das Gesetz für gewisse wichtigere Anordnungen den Regierungspräsidenten zuständig macht, so will es, daß er die Anordnung trifft und nicht ein von ihm ermächtigter Amtsvorsteher. Ebensowenig darf die Ortspolizeibehörde die ihr anvertraute Macht auf Vollzugsbeamte übertragen[2]. Doch darf man hier keine Prinzipien reiten, wenn ohne solche auf das Nötigste beschränkte Übertragungen der von der Behörde erlaubterweise verfolgte Zweck nicht erreicht werden kann. Daher sind die in ihrer Gültigkeit mehrfach angezweifelten Bestimmungen der Straßenverkehrspolizeiverordnungen, daß den Anordnungen der Verkehrsschutzleute Folge zu leisten sei, nicht zu beanstanden[3]. Denn die Regelung des Verkehrs ohne Verkehrsschutzmann ist heute vielfach unmöglich.

Mehr in den Bereich der Sondergesetzgebung fällt der Ungültigkeitsgrund des zu geringen Umfangs des Polizeibefehls. Das Gesetz läßt gewisse Maßnahmen zu, aber nur, wenn sie alle Beteiligten treffen oder in vollem Umfange zur Anwendung kommen. Sehr klar drückt § 1 II des Vereinsgesetzes vom 19. April 1908 diesen Gedanken aus: die allgemeinen sicherheitspolizeilichen Bestimmungen des Landesrechts finden auch gegen Vereine und Versammlungen Anwendung. Eine Polizeiverordnung kann also z. B. den Aufenthalt einer größeren Menschenmenge in schindelbedeckten Räumen mit nur einem Ausgang aus Gründen der Feuersgefahr überhaupt verbieten, aber nicht das Verbot auf politische Versammlungen einschränken; so bildet die Verkoppelung der Versammlungen mit der Allgemeinheit einen Schutz jener gegen Willkür. Für Polizeiverfügungen, die mit Erfolg angefochten werden können, weil ihr Umfang der Sache nach zu gering ist, bietet § 35 GewO. Beispiele. So darf die Polizeibehörde dem unzuverlässigen Tanzlehrer die Ausübung des Gewerbes ganz untersagen, nicht aber die Abhaltung einer einzelnen Tanzstunde; der Tanzlehrer wird so vor polizeilichen Nadelstichen bewahrt, auch wird sich die Behörde eine gänzliche Untersagung länger überlegen als eine Untersagung für den Einzelfall[4].

Mit der Frage des Umfangs nahe verwandt ist die nach dem Verhältnis von Polizeiverfügung und Polizeiverordnung. Hat die Behörde freie Hand, ob sie eine Angelegenheit durch Verfügung oder durch Verordnung regeln soll? Rechtsstaatlich ist die Verordnung das bessere[5], da sie alle, die es angeht, ohne Ansehen der Person trifft. Die süddeutschen Polizeistrafgesetzbücher tragen diesem Gedanken Rechnung, bei ihnen herrscht die Ermächtigung zum Erlasse von Verordnungen unverkennbar vor[6]. Anders in Norddeutschland, Preußen insbesondere. Da nach dem vielgenannten § 6i PolVerwG. zu den Gegenständen ortspolizeilicher und entsprechend auch der höheren Vorschriften alles gehört, was „polizeilich" geordnet werden muß, dies „polizeilich" aber auf § 10 II 17 ALR., jene Ermächti-

[1] Z. B. PrOVG. 21. Apr. 04 u. 19. Dez. 11, Entsch. 45, 329ff. u. 61, 145ff. Ebenso LVG. Schwerin 4. Juni 26, MecklZ. 42 (1926) Sp. 655ff. Im gleichen Sinne PolG. 1931 §§ 22 I, 23 I.

[2] KG. 24. Okt. 24, KGJ. 46, 316ff. (Ordnung des Kartenverkaufs in einem Theater). Vgl. auch KG. 21. März 30, GoltdArch. 75 (1931) S. 141f.; SächsOVG. 15. Okt. 29, Jahrb. 34, 142ff.; Emig zu BayObLGSt. 19. Apr. 29, JW. 1929 S. 2824f.

[3] So mit Recht zuletzt OLG. Jena 19. Juni 25, SächsThürArchR. 3 (1926) S. 146ff. Vgl. zur Frage auch Gesetz, Gesetzesanwendung S. 259f.

[4] PrOVG. 15. Febr. 94, Entsch. 26, 286ff.; ähnlich PrOVG. 21. Dez. 14, Entsch. 68, 393ff.

[5] Otto Mayer I S. 230.

[6] Auch in Baden trotz der Erweiterung des § 29 PolStGB. durch G. v. 26. Febr. 31.

gungsnorm für Polizeiverfügungen, hinweist, so gilt in Preußen die, wenigstens grundsätzliche, Regel, daß, was durch Polizeiverordnung geregelt werden kann, auch durch Polizeiverfügung geregelt werden könnte. Ebenso gilt der Satz in seiner Umkehrung[1]. Ausnahmen finden sich nicht sowohl im Polizeiverwaltungsgesetz, denn die „Leichtigkeit" des Verkehrs, die das Gesetz neben der Ordnung und Sicherheit des Verkehrs als Gegenstand ortspolizeilicher Regelung nennt, gehört zur Ordnung im weiteren Sinne und würde auch ohne ausdrückliche Nennung im landrechtlichen Polizeibegriff enthalten gewesen sein[2], als vielmehr in Einzelgesetzen. So kann der Regierungspräsident Bauverbote für landschaftlich hervorragende Gegenden nur allgemein anordnen, nicht einem bestimmten Baulustigen gegenüber[3]. Wo aber solche Unterschiede in der Verwendbarkeit von Polizeiverordnung und Polizeiverfügung bestehen, erhält die wegen der Verschiedenartigkeit der Form ganz allgemein wichtige Frage erhöhte Bedeutung, wie sich das Recht zu der verschleierten Verordnung in Verfügungsform oder der verschleierten Verfügung in Verordnungsform stellt. Die Rechtsprechung läßt von den beiden Formentartungen die erste nicht zu. Ist nach § 120d GewO. die zuständige Polizeibehörde „befugt, im Wege der Verfügung für einzelne Anlagen" Arbeiterschutzbestimmungen zu treffen, und erläßt sie ein gleichlautendes Rundschreiben an alle Ziegeleibesitzer des Bezirks, so ist die Maßnahme im Ergebnis eine Verordnung und daher unzulässig[4]. Dagegen läßt sich der zweiten Formentartung schwerer beikommen, da eine Verordnung, auch wenn sie auf eine bestimmte Person zugeschnitten ist, kraft ihrer Abstraktheit doch die Möglichkeit offen läßt, daß auch andere Personen unter sie fallen. Nur in außergewöhnlichen Fällen, wenn der Wille des Verordnenden, eine bestimmte Person ausschließlich zu treffen, aus der Verordnung selbst oder aus den Umständen des Falles klar erhellt, ist der Richter befugt, die sogenannte Verordnung für ungültig zu erklären[5].

b) Nichtbeachtung der beiden Grenzen der Polizeigewalt[6]. Üblicherweise denkt man nur an eine Grenze der Polizeigewalt, jene, bis zu der die Behörde mit ihren Anordnungen gehen darf. Da sie aber nicht gegen jede Polizeiwidrigkeit einschreiten muß, vielmehr in weitem Rahmen ab- und zugeben kann, da andererseits die Polizeiwidrigkeit einen solchen Grad erreichen kann, daß die Behörde nicht mehr untätig bleiben darf, muß es noch eine zweite Grenze der Polizeigewalt geben. Wir nennen sie die Grenze der Schädlichkeit, da hier die Untätigkeit der Polizei anfängt, so schädlich zu werden, daß das Recht ein Einschreiten fordert, im Gegensatze zur Grenze des Übermaßes, die von der Behörde nicht überschritten werden darf, wenn ihr Befehl nicht gesetzwidrig wegen Übermaßes sein soll. Man kann sich die beiden Grenzen dadurch veranschaulichen, daß man sie auf eine Skala nach Art einer Thermometerskala aufträgt. Gründe, die noch zu erörtern sein werden, machen die Auftragung auf der Minusseite nötig. Für die Grenze der Schädlichkeit sei die Zahl — 10 gewählt, für die Grenze des Übermaßes die Zahl — 2.

$\alpha$) Die *Grenze der Schädlichkeit* ist nach unten überschritten, wenn die Polizei nach gesellschaftlichen Anschauungen einschreiten muß. So darf sie bei lebens-

---

[1] Doch muß die Anordnung dann auch in der Form einer Verordnung ergehen. Ein allgemeines Uniformverbot nur auf Grund des § 10 II 17 ALR. — so pr. Min. d. I. 11. Juni 30, MinBliV. Sp. 547f. — begegnet in Preußen den gleichen Bedenken wie in Baden vor der Novelle vom 26. Febr. 31: BadVGH. 16. Dez. 30, BadVerwZ. 1931 S. 19ff. Über Uniformverbote auch KG. 13. März 31, GoltdArch. 75 (1931) S. 180ff.; PrOVG. 5. Febr. 31, DJZ. 1931 Sp. 711f., 712. Vgl. aber z. Z. VO. d. RPräs. v. 28. März 31 § 8.

[2] So mit Recht ThürOVG. 14. Apr. 28, RVerwBl. 49 (1928) S. 989, und, durch beredtes Schweigen, PolG. 1931; anders KG. 21. Juni 27, RVerwBl. 49 (1928) S. 350, u. PrOVG. 15. Mai 30, ebenda 52 (1931) S. 331. [3] Verunstaltungsges. vom 15. Juli 07 § 8.

[4] BayObLG. 27. März 09, SammlSt. 9, 208ff. Vgl. auch PrOVG. 5. Dez. 10, Entsch. 59, 363ff. [5] Vgl. hierüber Gesetz, Gesetzesanwendung S. 266f., 356ff.

[6] Zum folgenden vgl. a. a. O. S. 267ff.

gefährlichem Rodeln nicht untätig zusehen, sondern muß Vorkehrungen treffen bei Vermeidung der Geltendmachung der Amtshaftung durch den Geschädigten[1]. Die Grenze der Schädlichkeit wird gewöhnlich so wenig beachtet, daß namhafte Gelehrte ein Urteil des preußischen OVG. für unrichtig erklären konnten, das in Wirklichkeit durchaus dem Rechte entsprach[2]. Die Polizei hat eine Baugenehmigung erteilt, widerruft aber trotz teilweiser Ausführung des Baues, als sie merkt, daß er sich in der Nähe einer Sprengstoffabrik befindet. Das OVG. bestätigt den Widerruf mit Recht, obgleich nach Beginn der Ausführung eine Baugenehmigung nicht mehr zu den frei widerruflichen Verwaltungsakten gehört. Denn mit der Genehmigung hatte die Polizei die Grenze der Schädlichkeit überschritten, also einen Zustand geschaffen, gegen den sie wieder einschreiten mußte, also eine Gesetzesverletzung begangen, und Gesetzwidrigkeit rechtfertigt die Zurücknahme auch eines nicht frei widerruflichen Aktes.

β) Im Gegensatze hierzu ist die *Grenze des Übermaßes* bestimmt durch die Linie, bei deren Erreichung die Möglichkeit für ein polizeiliches Einschreiten aufhört. Die Freiheit zum Einschreiten liegt also für die Polizei nur zwischen den beiden Grenzen, zwischen den Skalaziffern —10 und —2. Unter —10 muß sie einschreiten, bei —2 und darüber darf sie nicht einschreiten. Es ist verständlich, daß man sich vor allem mit dieser zweiten Grenze beschäftigt, die bestimmt ist durch die Linie, bis zu der gerade noch reicht ein genügendes, von der befehlenden Behörde wahrzunehmendes, öffentliches Interesse an der Beseitigung oder Verhinderung eines Übelstandes.

I. Damit die Polizei einschreiten darf, muß also zunächst überhaupt ein vernünftiges Interesse vorhanden sein. Für bürokratische Neigungen oder Schikanen hat das zur Nachprüfung berufene Gericht kein Verständnis. So ist es zwar ungehörig, vielleicht sogar strafbar, wenn jemand ohne die erforderliche Genehmigung baut oder eine Reklametafel aufstellt, aber wegen dieses formalen Verstoßes allein kann die Polizei nicht Beseitigung des nun einmal errichteten Baues oder der Tafel verlangen, sondern nur bei sachlicher Polizeiwidrigkeit, also dann, wenn sie den Antrag auf Genehmigung hätte ablehnen können oder müssen[3]. Auch kann die Behörde sich nicht auf die Rechtskraft einer früheren Verfügung berufen, wenn deren Empfänger nachweist, daß kein polizeiliches Interesse mehr an ihrer Fortgeltung besteht, und daher Aufhebung fordert[4].

II. Die Behörde muß zur Wahrung des Interesses zuständig sein, örtlich, sachlich, gegebenenfalls auch zeitlich. Daß die Ortspolizeibehörde, außer kraft besonderen Auftrags[5], keine landespolizeiliche Verfügung erlassen kann, ist klar, ebenso ist es aber auch der Landes- oder Kreispolizeibehörde in der Regel nicht gestattet, sich an die Stelle der Ortspolizeibehörde zu setzen[6]. Die Zuständigkeitsfrage ist besonders wichtig, wenn die allgemeine Polizeigewalt mit Sonderpolizeigewalten in Berührung kommt, z. B. mit der Wege-, Wasser- oder Bahnpolizei[7]. Ähnlich wie bei der Abgrenzung der örtlichen Zuständigkeit gilt hier in Preußen und anderen Ländern die Interessentheorie: maßgebend für die Bestimmung der Zuständigkeit ist das zu wahrende Interesse. So kann die Chausseepolizeibehörde

[1] BadVGH. 26. Jan. 10, BadVerwZ. 1910 S. 117f.; vgl. auch BayVGH. 20. Okt. 11, Samml. 33, 9ff. Dazu meine Bemerkungen im PrVerwBl. 46 (1925) S. 490 gegen OHLE, ebenda S. 361f. Einen wohl aussichtslosen Kampf gegen diese Rechtsprechung bedeutet die Fassung des § 14$^{I}$ PolG. 1931.

[2] Belege oben S. 283 N. 3 u. 4.

[3] PrOVG. 24. Okt. 05 u. 2. März 22, Entsch. 48, 360ff. u. 77, 460ff. Vgl. auch PrOVG. 2. März 15, Entsch. 69, 391ff.; LVG. Schwerin 27. Apr. 28, MecklZ. 44 (1928) Sp. 654ff.; GÜNTZER u. FUMIAN BayZ. 26 (1930) S. 278f., 27 (1931) S. 49f. (zu BayPolStGB. Art. 105).

[4] PrOVG. 12. Dez. 29, Entsch. 85, 283ff.

[5] Vgl. z. B. PrOVG. 14. Nov. 13, Entsch. 65, 216ff.

[6] PrOVG. 28. Febr. 18, Entsch. 74, 341ff.; vgl. auch KG. 27. Apr. 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 446. [7] Vgl. die S. 422 genannten Schriften.

die Einleitung von Spülwässern in den Chausseegraben verbieten[1], und nicht der Orts-, sondern der Bahnpolizeibehörde steht es zu, im Interesse des Bahnbetriebs gelegene Anordnungen über den Verkehr an einer Kreuzungsstelle zu treffen[2].

III. Nur Übelstände darf die Polizei verhindern oder beseitigen wollen. Die große Bedeutung des PÜTTERschen Polizeibegriffs ist es ja gerade, daß er die Wohlfahrtspflege aus den Befugnissen der Polizei ausscheidet. Die Polizei darf also, wenn nicht besondere gesetzliche Ermächtigungen vorliegen[3], nie einschreiten, um den vorgefundenen Zustand über den Nullpunkt unserer Skala zu heben. Wo aber der Nullpunkt liegt, wo die Grenze läuft zwischen Vorteil und Nachteil, bestimmt sich nach allgemeinen gesellschaftlichen Anschauungen[4]; daß es einen solchen Nullpunkt gibt, kann nur der leugnen, der da meint, jedes Lustgefühl sei nichts als das Fehlen von Unlust oder jedes Unlustgefühl nichts als das Fehlen von Lust. So ist es Wohlfahrtspflege, wenn die Polizei das Bauen verbietet, um eine schöne Aussicht zu schützen[5], oder wenn sie anordnet, daß die ankommenden Badegäste mit einem Wagen vom Bahnhof abgeholt werden müssen[6], oder wenn sie nach dem Kriege die Weiterbeschäftigung weiblicher Lichtbildvorführer verbot, um den heimkehrenden Soldaten Verdienstmöglichkeiten zu geben[7]. Die Herrichtung von Spielplätzen konnte die Polizei von der Gemeinde im Jahre 1916 jedenfalls nicht nach § 10 II 17 ALR. fordern[8], doch ist es gerade hier leicht möglich, daß fortschreitende Aufklärung über die gesundheitliche Bedeutung des Spiels die Allgemeinheit veranlaßt, das Nichtvorhandensein eines Spielplatzes als eine Polizeiwidrigkeit anzusehen. Eines besonderen Gesetzes bedurfte es in Preußen, um die Gültigkeit von Körpolizeiverordnungen außer Frage zu stellen[9]. Denn das OVG. hatte mit Recht eine Verordnung für ungültig erklärt, die das Decken von Stuten mit nicht gekörten Hengsten verbot[10]. Verbesserung oder auch nur Erhaltung der Rasse ist bei Pferden Wohlfahrtspflege, bei Rindern kann man, namentlich seit der Hungersnot während des Krieges, anderer Ansicht sein, da eine ungeregelte Rindviehzucht leicht zu Mindererträgen an Milch und Fleisch und damit zu Gefahren für die Volksernährung führen kann[11].

IV. Die Polizei darf nur im öffentlichen Interesse befehlen. Allerdings spricht § 10 II 17 ALR. neben der Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und neben der Abwendung der dem Publikum bevorstehenden Gefahr auch von Gefahren, die einzelnen Mitgliedern des Publikums drohen. Wenn man aber die Handhabung der Bestimmung durch die Polizei beobachtet, die bei Beschwerden einzelner über unerträgliche Geräusche und ähnliches sich erst vergewissert, ob auch noch andere Personen ihre Gesundheit als gefährdet ansehen, so merkt man wohl, daß die Polizei nicht glaubt, ohne Vorhandensein irgendeines öffentlichen Interesses einschreiten zu dürfen. Das ALR. nennt ja den einzelnen auch nicht schlechthin, sondern nur als Mitglied des Publikums. Auch liegt in dem Worte „Gefahr“ eine Bewertung, die in Beziehung zum öffentlichen Interesse steht. Die nahe Wahrscheinlichkeit, daß ein Theaterdichter mit seinem Stücke durchfällt, ist eine „Gefahr“ für ihn, aber sicher nicht eine Gefahr im Sinne des ALR., weil sich die Allgemeinheit diese Gefahr nicht zu eigen macht. Dagegen ist die schwere Gesundheitsgefährdung des einzelnen eine Gefahr im Sinne

[1] PrOVG. 13. Juli 14, PrVerwBl. 37 (1916) S. 460f.

[2] KG. 9. Dez. 01, ArchEisenbW. 1902 S. 1132ff. Vgl. auch WürttVGH. 19. Nov. 24, WüRV. 19 (1926) S. 135ff.

[3] Z. B. § 37 GewO.: PrOVG. 13. Juni 29, GewArch. 27 (1929) S. 205ff.

[4] Vgl. die Beispiele S. 135f.

[5] PrOVG. 14. Juni 82, Entsch. 9, 353ff. [6] KG. 30. Jan. 93, GoltdArch. 40, 362f.

[7] PrOVG. 5. Febr. 20, Entsch. 75, 381ff. [8] PrOVG. 22. Juni 16, Entsch. 71, 341ff.

[9] G. v. 4. Aug. 22. [10] PrOVG. 6. Apr. 22, Entsch. 77, 327ff.

[11] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 273f. Das PrOVG. unterscheidet nicht: 25. Apr. 29, Entsch. 84, 263ff.

des ALR. deshalb, weil es der Allgemeinheit nicht gleichgültig ist, ob eines ihrer Mitglieder stirbt oder dahinsiecht[1]. So erklärt es sich, daß die Polizei Führung eines bissigen Hundes an der Leine auch im Hausflur[2] oder Dichtung schadhafter Fenster einer Mietwohnung verlangen[3] oder gegen das Geräusch zweier Kreissägen einschreiten kann[4], selbst wenn nur eine Familie oder sogar nur ein einzelner gefährdet ist. Auch bei der Anhaltung eines Güterwagens, in dem eine Frau die Möbel ihres Ehemannes fortschaffen will, handelt die Polizei nicht nur im Interesse des Ehemannes, sondern auch der durch eine strafbare Handlung bedrohten Rechtsordnung[5]. Unter dem Gesichtspunkt der bedrohten Rechtsordnung läßt sich sogar die Anrufung der Polizei durch einen Privaten zwecks Feststellung der Persönlichkeit eines Schuldners rechtfertigen, wenn gerichtliche Hilfe zu spät käme. Ohne solches Hineinspielen des öffentlichen Interesses aber darf sich die Polizei nicht in private Streitigkeiten mischen, z. B. keine Wegestreitigkeit zwischen zwei Nachbarn entscheiden wollen[6]. Die thüringische LVO. hat daher bei ihrer Begriffsbestimmung der Polizei (§ 32) ausdrücklich betont, auch die dem einzelnen bevorstehende Gefahr müsse eine solche sein, durch die die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung gestört wird[7]. Fehlt es an einer Beteiligung der Allgemeinheit, so steht dem Privaten ja immer noch die Erhebung der Klage vor den ordentlichen Gerichten frei. Auch das badische Polizeistrafgesetzbuch (§ 30 II) gestattet polizeiliches Einschreiten immer nur, wenn es „im öffentlichen Interesse geboten" erscheint[8].

Die Notwendigkeit des Vorhandenseins eines öffentlichen Interesses führt zur Verneinung gewisser Typen von polizeilichen Maßnahmen. So ist unzulässig der Schutz des einzelnen vor sich selbst. Polizeiverordnungen, die das Herabspringen von der fahrenden Straßenbahn verbieten, sind nur insofern gültig, als der Abspringende den Verkehr, insbesondere das Vorfahren von Kraftwagen, stört[9]. Auch darf die Polizei dem Löwenbändiger das Auftreten jedenfalls nicht deshalb verbieten, weil er von den Bestien zerrissen werden könnte[10]. Ebenso steht es dem Eigentümer eines Teiches frei, die dünn gefrorene Eisdecke zu betreten. Wenn trotzdem der Polizeibeamte dem Selbstmörder ins Wasser nachgeht und ihn gewaltsam rettet, so ermächtigt einmal das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850 dazu, außerdem ist der Selbstmörder meist nicht ganz bei Sinnen, hat sich also nicht mit freiem Willen in die Gefahr begeben. Andere Maßnahmen wieder zum Schutze des einzelnen vor sich selbst sind gültig, weil das öffentliche Interesse hineinspielt. So kann das Betreten eines gefrorenen Sees durch das Publikum verboten werden, weil das Beispiel bewußt waghalsiger Leute auf schutzbedürftige Personen ansteckend wirkt, und das Verbot des Gebrauchs von Ofenklappen läßt sich auch für Privatwohnungen rechtfertigen, einmal, weil die wenigsten sich der Gefahr einer Kohlenoxydgasvergiftung bewußt sind, dann, weil auch Kinder und Gäste geschützt werden, endlich weil ein Massensterben,

---

[1] Vgl. SächsOVG. 5. Febr. 18, Jahrb. 24, 252ff. (Bienengefahr).
[2] PrOVG. 25. Apr. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 134.
[3] PrOVG. 6. März 24, JW. 1924 S. 2087f.
[4] PrOVG. 18. März 15, PrVerwBl. 38 (1917) S. 359f.; ähnlich PrOVG. 19. Sept. 18, PrVerwBl. 40 (1919) S. 364f.
[5] PrOVG. 20. Apr. 22, Entsch. 77, 333ff. Vgl. auch RG. I. StrSen. 6. Dez. 29, JW. 1930 S. 1213ff.
[6] LVG. Schwerin 3. Okt. 24, MecklZ. 42 (1926) S. 227ff. Vgl. auch PrOVG. 7. Okt. 13, Entsch. 65, 412ff.; SächsOVG. 20. Nov. 25, Jahrb. 29, 134f.; OldOVG. 14. Febr. 29, OldZ. 56 (1929) S. 76f.
[7] Vgl. schon ThürOVG. 17. Mai 16, Jahrb. 4, 88ff. Ebenso PolG. 1931 § 14 I.
[8] Vgl. BadVGH. 28. Sept. 15, BadVerwZ. 1916 S. 57f. u. PrOVG. 28. Okt. 26, PrVerwBl. 48 (1927) S. 356 (Trennung in wilder Ehe Lebender).
[9] KG. 10. Juli 28, RVerwBl. 50 (1929) S. 241f.
[10] PrOVG. 11. Mai 03, PrVerwBl. 25 (1904) S. 161f.

selbst wenn der einzelne mit der Selbstgefährdung einverstanden ist, der Allgemeinheit nicht gleichgültig sein kann[1]. Unzulässig ist ferner ein in rein fiskalischem Interesse erlassener Polizeibefehl, denn der Fiskus genießt keinen größeren Schutz durch die Polizei als der Privatmann. Eine Polizeiverordnung, die z. B. das Räumen des Marktstandes vor Entrichtung des Standgeldes verbietet, ist daher ungültig[2]. Unzulässig ist aber auch der über das Maß des Gewöhnlichen hinausgehende Schutz einer öffentlichen Anstalt[3]. Unter dem Namen einer „Anstaltspolizei" hat man der Polizei ganz allgemein das Recht geben wollen, Verordnungen und Verfügungen zugunsten öffentlicher Anstalten zu erlassen. Allein ohne besondere gesetzliche Ermächtigung gibt es eine derartige Befugnis sicher nicht. Polizeiverordnungen zum Schutze des Schulbesuchs sind ungültig, polizeilicher Zwang bei schulärztlichen Untersuchungen unzulässig[4]. Bezeichnungen, wie „staatlich genehmigte Musik- und Gesangschule", können jedenfalls nicht zum Schutze der Schulverwaltung verboten werden, sondern höchstens zum Schutze des Publikums gegen Irreführung[5]. Eine Starkstromanlage ist nicht schon deshalb verbietbar, weil sie eine in der Nähe befindliche Reichstelegraphenleitung stört[6]. Auch das Verbot eines Aufsatzinstituts, das gegen Entgelt die den Schülern höherer Lehranstalten aufgegebenen Hausaufsätze anfertigt, läßt sich nicht als „anstaltspolizeiliche" Maßregel rechtfertigen, sondern nur als eine gegen den Sittenverderb der Jugend gerichtete[7]. Das Verbot des Tragens amtlicher Uniformen durch Unbefugte aber beruht auf der Sonderbestimmung des § 360[8] StGB. Wenn die Polizei überhaupt eine Anstalt besonders schützen darf, so die „Polizeianstalt" selbst, also ihre eigene Tätigkeit. Das Verbot, Polizeihunde wegzulocken oder die Verkehrsschutzleute zu belästigen, wäre demnach gültig, weil hier eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt. Dieser Schutz der notwendigen polizeilichen Tätigkeit darf aber nicht ausarten in Anordnungen zugunsten der polizeilichen Bequemlichkeit, das polizeidienstliche Interesse an sich ist noch kein öffentliches Interesse im Sinne des Polizeirechts. So darf sich die Polizei nicht die Überwachung erleichtern[8]. Sie kann zwar den Verkauf von Speiseeis an Kinder verbieten, aber nicht verlangen, daß sich der Speiseeisverkäufer 200 m von den Schulen entfernt hält[9]. Ebensowenig kann die Polizei die Herstellung eines für Wohnzwecke ungeeigneten Raums verbieten, da sie ja durch unvermutete Nachprüfungen feststellen kann, ob der Raum bestimmungswidrig verwandt wird oder nicht[10]. Sie kann einem Schlachtermeister das Aufhängen von Fleisch an einem zu tief eingeschlagenen Fleischhaken verbieten, wenn Hunde daran kommen können, aber nicht Beseitigung des doch auch anderweit verwendbaren Hakens verlangen. Nur wenn die den einzelnen leichter treffende Maßregel eine Zumutung für die Polizei wäre, ist ihr die Wahl der bequemeren Maßregel gestattet. So kann sie die Aufbewahrung von Branntwein in einem Raume, wo er nicht ausgeschenkt werden darf, verbieten[11], obgleich, genau genommen, das Herumstehen der Brannt-

---

[1] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 275.

[2] KG. 12. Juli 88, KGJ. 8, 140ff.; vgl. auch PrOVG. 5. Juni 24, Entsch. 79, 157ff.; ThürOVG. 23. Okt. 15, Jahrb. 3, 187ff.; LVG. Schwerin 14. Dez. 28, MecklZ. 45 (1929) Sp. 476ff.; BremVG. 23. Sept. 29, Entsch. 1930 S. 20.

[3] Gesetz, Gesetzesanwendung S. 278ff.

[4] Vgl. Ohle in Stusev. 1925 S. 883ff. KG. 28. Jan. 30, DJZ. 1930 Sp. 1206.

[5] PrOVG. 23. Sept. 13, Entsch. 65, 204ff.; vgl. auch PrOVG. 27. März 30, DJZ. 1931 Sp. 505 (behördenähnl. Firma).

[6] PrOVG. 8. Nov. 17, Entsch. 73, 322ff.

[7] Vgl. den, in der Sache nicht entschiedenen, Fall bei SächsOVG. 25. Juli 06, Jahrb. 9, 212ff. [8] So jetzt ausdrücklich PolG. 1931 §§ 31$^{I}$, 41$^{III}$.

[9] Anders KG. 26. Okt. 26, DJZ. 1927 Sp. 172f.

[10] PrOVG. 11. Apr. 90, Entsch. 19, 371ff. Vgl. auch KG. 2. Juli 26, PrVerwBl. 48 (1927) S. 288f.

[11] PrOVG. 5. März 14, Entsch. 67, 365ff.

weinflaschen noch keinen polizeiwidrigen Zustand darstellt. Ganz unzulässig ist die Unterstellung eines einzelnen unter „polizeiliche Kontrolle“ ohne besondere gesetzliche Grundlage. Bei Prostituierten war es vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927 nur deshalb gestattet, weil § 361[6] StGB. die nötige Handhabe bot.

v. Das von der Polizeibehörde wahrzunehmende Interesse muß endlich genügend sein, um ihr Einschreiten zu rechtfertigen. Ungenügend aber ist das Interesse namentlich bei zu geringer Wahrscheinlichkeit der angeblich bevorstehenden Gefahr und bei zu geringer Stärke der Ordnungswidrigkeit.

Die Polizei darf nur gegen wahrscheinliche, nicht schon gegen bloß mögliche Gefahren einschreiten. Die bloße Möglichkeit, daß der Löwenbändiger von den Tieren angefallen wird und daß dadurch eine gefährliche Panik im Zuschauerraum entsteht, berechtigt noch nicht zum Verbote der Vorstellung[1]. Wegen der bloßen Möglichkeit einer späteren Typhusepidemie kann die Polizei von der Gemeinde noch nicht Errichtung einer Wasserleitungsanlage verlangen[2], einen wissenschaftlichen Vortrag über seelische Heilungsmöglichkeiten kann sie nicht deshalb verbieten, weil sich möglicherweise hypnotische Versuche daran anschließen[3]. Bei Verordnungen genügt schon eine allgemeine Wahrscheinlichkeit[4], und doch mutet es fast wie ein Scherz an, wenn das Kammergericht in einer Entscheidung vom 27. November 1925 die Zulässigkeit einer Polizeiverordnung, wonach bei polizeilichen An- und Abmeldungen das Religionsbekenntnis anzugeben ist, u. a. damit begründet, daß gegen bestimmte Religionsbekenntnisse gerichtete Unruhen ausbrechen könnten und die Polizei dann wissen müsse, wen sie zu schützen habe[5]. Gerade an der Grenze des Zulässigen liegen die Polizeiverordnungen über die Einfriedigung der Vorgärten. Das preußische OVG. begründet ihre Gültigkeit mit der etwas fadenscheinigen Erwägung, der nicht eingefriedete Vorgarten sei ein beliebter Unterschlupfsort für Gesindel, das dann in der Nacht die Gegend unsicher mache[6].

Aber nicht nur die zu geringe Wahrscheinlichkeit, sondern auch die zu geringe Stärke der Ordnungswidrigkeit führt zur Verneinung eines für das polizeiliche Einschreiten genügenden polizeilichen Interesses. Die Rechtsprechung hilft sich mit der ungenauen Formel, daß die Polizei nur gegen Gefahren einschreiten dürfe und nicht gegen bloße Belästigungen, ungenau deshalb, weil § 10 II 17 ALR. doch neben der Gefahrenabwendung auch noch die Erhaltung der öffentlichen Ordnung als Aufgabe der Polizei erwähnt. Es handelt sich einfach darum, ob sich nach gesellschaftlichen Anschauungen ein polizeiliches Vorgehen rechtfertigen läßt oder nicht[7]. Um einen Zirkelschluß handelt es sich bei dieser Auffassung nicht, vielmehr verweist § 10 II 17 ALR. mit dem Worte „Ordnung“ auf die gesellschaftlichen Anschauungen über das, was polizeireif ist, und stattet so diese Anschauungen mit Maßgeblichkeit aus. Es ist nicht anders als mit den „guten Sitten“ des BGB., die ebenfalls erst durch gesellschaftliche Anschauungen näher bestimmt werden. Nun wird klar, weshalb wir an der Skala die Grenze des Übermaßes bei — 2 ziehen und nicht, wie man vermutlich erwartet, bei 0; denn nicht nur die Wohlfahrtspflege ist der Polizei entzogen (alle Pluszahlen der Skala), sondern auch die Regelung geringfügiger Ordnungswidrigkeiten (die Minuszahlen 1 und 2 der Skala).

---

[1] PrOVG. 11. Mai 03, PrVerwBl. 25 (1904) S. 161f.

[2] PrOVG. 2. Febr. 12, Entsch. 61, 157ff.

[3] SächsOVG. 22. Mai 25, Jahrb. 29, 130ff. Vgl. noch PrOVG. 30. Sept. 26, PrVerwBl. 48 (1927) S. 99f.; HambOVG. 15. Okt. 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 37.

[4] PrOVG. 5. Juni 30, RVerwBl. 51 (1930) S. 741f.

[5] PrVerwBl. 48 (1927) S. 117f. Besser KG. 4. März u. 4. Nov. 30, KGJ. Erg. 10, 398ff. u. DJZ. 1931 Sp. 505.

[6] PrOVG. 16. Juni 14, Entsch. 68, 423ff.

[7] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 284f.; zustimmend Schultzenstein JW. 1920 S. 528f.

So liegt schon das Herüberfliegen einzelner Bienen aus dem Nachbargarten auf der Minusseite des Behagens, aber erst bei einer wirklichen Plage ist die Grenze des zu Ertragenden überschritten und berechtigt zu polizeilichen Maßnahmen[1]. Vorträge über geschlechtliche Aufklärung liegen nach heutiger Auffassung unter der Grenze des gerade noch zu Duldenden und sind daher verbietbar[2]. Mit Sittlichkeitserwägungen hängt es auch zusammen, daß eine Polizeiverordnung Jugendlichen den Besuch von Lustbarkeiten verbieten kann, wenn sie sich nicht in Begleitung erwachsener Angehöriger befinden[3]. Gegen das Rauchen Halbwüchsiger auf der Straße kann die Polizei nicht deshalb einschreiten, weil sich die Erwachsenen darüber ärgern, sondern höchstens, weil dieser gesundheitsschädliche Unfug auf andere Kinder ansteckend wirkt. Wegen Gesundheitsgefährdung der Rauchenden selbst könnte das Rauchen Jugendlicher ganz verboten werden, nicht aber nur das auf der Straße[4]. Eine zu geringe Stärke der Ordnungswidrigkeit liegt auch vor, wenn in einer Wohnung die Tapeten zerfetzt herunterhängen[5], ohne daß Gesundheitsgefahr besteht, oder wenn eine Musikkapelle in der früheren Militäruniform auftritt[6], oder wenn jemand mit einem hinkenden Pferd durch die Straßen fährt[7], oder wenn jemand, erbittert über die Entfernung eines Anschlags durch einen Schutzpolizeibeamten, einen zweiten Anschlag des Inhalts macht, daß, wer den Schutzpolizeibeamten beim Abreißen des ersten Anschlags gesehen habe, gebeten werde, sich zu melden[8]. Vielfach neigt die Rechtsprechung, wie schon früher erwähnt (S. 135), ohne genügendes Verständnis für die Feinnervigkeit vieler Menschen dazu, Lärm vor 10 Uhr abends nur als eine „Belästigung" aufzufassen[9], so ein Katzengeheul[10] oder die Musik in einer Gastwirtschaft[11]; doch gibt es auch Ansätze zu einer dem geistigen Arbeiter freundlichen Auffassung[12]. Auch Rundfunkstörungen würde das Gericht vermutlich nur für Belästigungen erklären, wenn sich die Polizei nicht selbst des Rundfunks für polizeiwichtige Nachrichten und Aufforderungen bediente und daher Schutz für ihre eigene Tätigkeit beanspruchen könnte. Zweifelhaft ist, ob die Polizei nicht trotz der Entscheidung des preußischen OVG. vom 13. Mai 1912[13] das Tragen von Kopfbedeckungen im Zuschauerraum der Theater verbieten kann. Das OVG. prüft nur, ob eine „Gefahr" vorliegt. Es fragt sich aber noch, ob nicht eine Störung der öffentlichen „Ordnung" gegeben ist. Das Unlustgefühl derer, die das Unglück haben, hinter einer hochbehuteten Dame zu sitzen, dürfte erheblich unter — 2 unserer Skala liegen, und dies genügt, um ein Vorgehen der Polizei zu rechtfertigen.

γ) Nun die beiden Grenzen der Polizeigewalt klar umrissen sind, können die vier denkbaren Fehler: *Übermaß*, *Ungeeignetheit*, *Unzulänglichkeit* und *Schädlichkeit* näher betrachtet werden. Denn bleiben wir beim Bilde unserer Skala und

[1] PrOVG. 5. Dez. 02 einerseits, 22. Apr. 26 andrerseits, PrVerwBl. 24 (1903) S. 601f. u. 47 (1926) S. 429f.
[2] HessVGH. 22. Jan. 21, Entsch. 5, 46ff.
[3] PrOVG. 19. Dez. 11, Entsch. 61, 140ff.
[4] KG. 4. Febr. 04, KGJ. 27 C 46f.
[5] HansOLG. 24. Nov. 22, HansRZ. 1923 Sp. 232.
[6] SächsOVG. 31. März 25, Jahrb. 29, 127ff.
[7] KG. 23. Juni 02, GoltdArch. 51, 63. Vgl. auch OldOVG. 1. Juni 08, OldZ. 36 (1909) S. 39ff. (Belästigung der Badegäste durch aufgespannte Fischernetze).
[8] PrOVG. 15. Jan. 25, PrVerwBl. 46 (1925) S. 511f.
[9] Über diese Zehn-Uhr-Grenze PrOVG. 20. Dez. 15, 23. Jan. 19 u. 10. Febr. 27, PrVerwBl. 37 (1916) S. 459f.; 40 (1919) S. 527ff.; 48 (1927) S. 442; BadVGH. 14. Juni 27, JW. 1928 S. 3287f.
[10] SächsOVG. 20. Nov. 25, Jahrb. 29, 134f.
[11] PrOVG. 22. März 17, Entsch. 72, 380ff.; PrOVG. 25. Febr. 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 349. Vgl. noch PrOVG. 9. Febr. 15 u. 3. Dez. 25, Entsch. 69, 387ff. u. PrVerwBl. 47 (1926) S. 224; ThürOVG. 23. Jan. 29, ThürRdsch. 7 (1929) Sp. 105. LVG. Schwerin 4. Juni 26, MecklZ. 42 (1926) Sp. 655ff.
[12] PrOVG. 18. März 15, PrVerwBl. 38 (1917) S. 359f. (Kreissäge). Vgl. auch oben S. 135 N. 2.
[13] Entsch. 61, 332ff.

nehmen wir an, der polizeiwidrige Zustand befinde sich auf Punkt — 6, so ist der Polizeibefehl sicher einwandfrei, wenn er den Empfänger des Befehls nicht mehr belastet als nötig ist, um Punkt — 2, also die Grenze des Übermaßes, zu erreichen. Dagegen ist es sicher ein Fehler, wenn Punkt — 1, 0, + 1 und darüber angestrebt wird (Übermaß), wenn die angeordnete Maßnahme nicht imstande ist, den Zustand — 6, um bei ganzen Zahlen zu bleiben, wenigstens auf — 5 zu verbessern (Ungeeignetheit), oder wenn sie den Zustand gar auf — 7 und darunter verschlechtert (Schädlichkeit). Dagegen müssen es schon besondere Gründe sein, die eine Verbesserung von — 6 auf — 5 als unzulänglich und daher als fehlerhaft erscheinen lassen. Die Fragen des Übermaßes und der Ungeeignetheit haben mit denen der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, deren Prüfung, wie wir wissen (S. 34f.), den Gerichten versagt ist, nicht das Geringste zu tun, so häufig auch die Wissenschaft beide Fragenpaare mit einander verwechselt[1]. Eine Frage der Notwendigkeit ist es, wenn, um bei unserer Skala zu bleiben, die Polizei erwägt, ob sie überhaupt gegen die Ordnungswidrigkeit — 6 einschreiten oder lieber ein Auge zudrücken soll, eine Frage der Zweckmäßigkeit z. B., ob sie dem ordnungswidrigen Zustand mit diesem oder ob sie ihm mit jenem Mittel begegnen, z. B. das Fahren auf der linken oder auf der rechten Seite vorschreiben, sich wegen Beseitigung der Ordnungswidrigkeit an den Eigentümer oder den Verursacher halten soll.

1. Übermaß liegt also vor, wenn die Polizei mehr verlangt, als nötig ist, um einen polizeimäßigen Zustand herbeizuführen. Wenn das Vorhandensein eines Firmenschildes mit der Aufschrift „Königliche privilegierte Apotheke" bei einem bestimmten linksradikalen Umzug vermutlich schwere Tätlichkeiten heraufbeschwören wird, denen die Polizei machtlos gegenübersteht, so kann sie die Verhängung oder Beseitigung des Schildes für den fraglichen Tag, aber nicht für immer verlangen[2]. Darf ein Obergeschoß in der schlechten Jahreszeit nicht bewohnt werden, so kann die Polizei Beseitigung des Ofens, nicht aber Abbruch der Treppe anordnen[3]. Auch kann sie nicht auf der Niederreißung einer baufälligen Bude bestehen, wenn Ausbesserung genügt[4], oder auf Einstellung eines lärmenden Betriebs, wenn Vorrichtungen zur Schalldämpfung möglich sind[5], oder auf Niederlegung einer ganzen Mauer, wenn nur der obere Teil einzustürzen droht[6]. Für die Überwachung einer Theateraufführung kann die Polizeibehörde Einräumung eines Dienstplatzes verlangen, die Beanspruchung einer ganzen Loge geht zu weit[7]. Aus dem Verbote des Übermaßes folgt der wichtige Satz, daß die Wahl zwischen mehreren, vom polizeilichen Standpunkte aus gleichwertigen Mitteln dem Verpflichteten zusteht[8], genauer, daß die Polizeibefehle Befehle mit anderweitiger Befreiungsmöglichkeit sind. So darf die Behörde nicht, aller Gegenvorschläge ungeachtet, schlechthin anordnen, ein nach außen aufgehendes Scheunentor sei dahin zu ändern, daß es nach innen aufgeht; sie muß zufrieden sein, wenn der Eigentümer das Tor zunagelt oder Schiebetüren anbringt[9]; erst im Vollstreckungsverfahren geht die Wahl endgültig auf die Behörde über. Ebenso ist unzulässig

[1] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 77ff., ferner ArchÖffR. 32 (1914) S. 594ff.

[2] PrOVG. 21. Juni 23, Entsch. 78, 267ff.

[3] PrOVG. 30. Juni 14, PrVerwBl. 37 (1916) S. 26ff. Ähnlich LVG. Schwerin 17. Jan. 30, MecklZ. 46 (1930) Sp. 478ff.

[4] PrOVG. 30. März 22, Entsch. 77, 464ff.

[5] HessVGH. 25. Sept. 20, Entsch. 5, 37ff.

[6] BadVGH. 7. Febr. 99, BadRpr. 1899 S. 57.

[7] PrOVG. 10. Febr. 21, Entsch. 76, 435ff. — Weitere Beispiele PrOVG. 28. Nov. 29, Entsch. 85, 272ff.; KG. 12. Okt. 26, PrVerwBl. 48 (1927) S. 369; HessVGH. 14. Juni 24, HessZ. 49 (1925/26) S. 85ff., 93ff.; OldOVG. 16. Okt. 13, OldZ. 40 (1913) S. 486f.

[8] Jebens Verwaltungsrechtliche Aufsätze 1899 S. 319. Vgl. jetzt hierüber vor allem Drews, RVerwBl. 50 (1929) S. 2ff., dessen unterschiedliche Behandlung von PolVO. u. PolVfg. aber nicht zu billigen ist; Drews folgend PolG. 1931 § 41.

[9] PrOVG. 11. Juli 94, PrVerwBl. 16 (1895) S. 115. Ähnlich PrOVG. 6. Dez. 17, PrVerwBl. 39 (1918) S. 402f.; PrOVG. 21. Mai 28, Entsch. 83, 381ff.

polizeilicher Zwang zur Instandsetzung einer Wohnung, wenn der Eigentümer zum Abbruch bereit ist[1], oder die Anordnung einer bestimmten Vorrichtung an einer Häckselmaschine, wenn der Eigentümer eine gleichwertige Vorrichtung nach seiner eigenen Erfindung vorschlägt[2], oder der Befehl an einen Lichtspielunternehmer, keine Vorführung ohne Anwesenheit eines städtischen Feuerwehrmannes zu veranstalten, da doch Anwesenheit eines im Löschdienst geschulten eigenen Angestellten genügt[3]. Um so merkwürdiger ist die Rechtsprechung zur Zulässigkeit sog. Gemeindemonopole[4]. Hat die Gemeinde eine eigene Veranstaltung, z. B. die Bestattung oder die Straßenreinigung, durch Ortsstatut jedem Einwohner zugänglich gemacht, so soll nach ständiger, in neuester Zeit allerdings schwankend gewordener Rechtsprechung des preußischen OVG. und des Kammergerichts eine Polizeiverordnung den Benutzungszwang in dem Sinne einführen können, daß die Benutzung einer anderen Veranstaltung verboten ist[5]. Damit setzen sich die Gerichte mit ihrer eigenen Rechtsprechung, namentlich mit dem Grundsatze, daß die Freiheit der Wahl beim Verpflichteten liegt, in Widerspruch. Denn man kann doch unmöglich behaupten, nur eine städtische Bestattungs- oder eine städtische Straßenreinigungsanstalt sei in der Lage, die ihr zugewiesenen Aufgaben polizeigemäß zu erfüllen, ganz zu schweigen von den bei Kaltstellung der privaten Unternehmer aus der GewO. herzuleitenden Bedenken[6].

II. Der zweite zu besprechende Fehler ist die Ungeeignetheit. Er kommt viel weniger häufig vor als der Fehler des Übermaßes, da die Behörde etwas „ganz Abwegiges“, etwas „völlig Sachwidriges und Nutzloses“, wie sich das preußische OVG. in solchen Fällen ausdrückt[7], nur ganz selten anordnen wird. Ungeeignet wäre z. B. die Anordnung, ammoniakhaltiges Wasser nur in gekochtem Zustande zum Genusse bereitzustellen, da das Kochen zwar Bakterien tötet, nicht aber das Ammoniak beseitigt. Ebensowenig kann die Behörde Auskrautung eines Teiches verlangen, wenn die zu beseitigenden üblen Ausdünstungen nicht auf die Wasserpflanzen, sondern auf andere Ursachen zurückzuführen sind[8].

III. Nur aus ganz besonderen Gründen ist ein Polizeibefehl gesetzwidrig wegen des Fehlers der Unzulänglichkeit. Das freie Ermessen der Behörde besteht ja zu einem guten Teile darin, daß sie zwischen einschneidenden und weniger einschneidenden Maßnahmen wählen kann, an unserer Skala gemessen zwischen Maßnahmen, die den Zustand um einen Punkt, bis zu solchen, die ihn um vier Punkte verbessern. Bei einer Kinderbewahranstalt befand sich ein Graben. Als die Polizei vom Inhaber der Anstalt Herstellung eines Drahtzaunes verlangte, wandte der Inhaber ein, die Polizei hätte den Betrieb der Anstalt ganz verbieten, also eine weitergehende Maßnahme treffen müssen. Selbstverständlich verwarf das OVG. den Einwand[9]. Und doch gibt es Fälle, wo die zu wenig weit gehende Maßnahme nur eine halbe und daher unzulängliche Maßnahme ist. So setzte einmal die Orts-

---

[1] PrOVG. 15. März 23, PrVerwBl. 45 (1924) S. 186f.; s. a. PrOVG. 6. März 24, Entsch. 79, 371ff.

[2] PrOVG. 17. Dez. 14, Entsch. 68, 308ff.

[3] PrOVG. 18. Sept. 24, Entsch. 79, 297ff.

[4] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 295f.

[5] Z. B. KG. 25. Sept. 11 u. 16. Sept. 27, KGJ. 41, 397ff. u. RVerwBl. 49 (1928) S. 354f.; PrOVG. 19. Nov. 14, 23. Mai 18, 16. Juni 21, Entsch. 68, 313ff.; 74, 344ff.; 76, 353ff. Vgl. auch ThürOVG. 31. Okt. 28, Jahrb. 13, 30ff.; DanzObG. 17. Jan. 23, PrVerwBl. 44 (1923) S. 483ff.; RG. VI 13. Jan. 21, RGZ. 101, 289ff. — Beginn einer Abkehr schon bei PrOVG. 17. Jan. 29, RVerwBl. 50 (1929) S. 655f., deutlicher Umschwung bei KG. 8. Apr. 30, KGJ. Erg. 10, 400ff. (Kieler Fall), auch PrOVG. 15. Mai 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 330ff. (Plakatmonopol).

[6] Nur diese will Thoma gelten lassen: Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 205 N. 23.

[7] PrOVG. 29. Okt. 83, Entsch. 10, 267f.; weitere Belege Gesetz, Gesetzesanwendung S. 297 N. 151.

[8] PrOVG. 16. Apr. 96, Kunze-Kautz Rechtsgrundsätze d. PrOVG. II[4] 1905 S. 859.

[9] PrOVG. 22. Juni 09, PrVerwBl. 31 (1910) S. 61ff. Vgl. auch SächsOVG. 23. Aug. 12, Jahrb. 19, 227ff.

polizeibehörde für eine Wirtschaft, in der auswärtige Gäste unerlaubterweise zu tanzen pflegten, die Polizeistunde von 12 auf 10 Uhr herab, um dem Unfug zu steuern. Das war ein Schildbürgerstreich, da der letzte Zug, mit dem die Tanzlustigen immer nach Hause fuhren, vor 10 Uhr abends abging[1].

IV. Auch die Schädlichkeit, also die Verschlimmerung des gegenwärtigen Zustandes, ist nur eine besonders schwere Form der Ungeeignetheit. Und doch ist sie als ein Fehler eigener Art hervorzuheben. Die Anordnungen der Polizei haben bisweilen unerwünschte Nebenwirkungen. Der Radfahrer soll klingeln, erschreckt aber dadurch nervenschwache Personen; der Fremde soll sich im Polizeirevier persönlich melden und erkältet sich beim Warten im zugigen Gange. Derartige Nebenwirkungen sind im allgemeinen in Kauf zu nehmen. Nur wenn sie die Grenze der Schädlichkeit überschreiten oder wenn sie die günstigen Wirkungen des Polizeibefehls völlig aufheben, machen sie die ganze Anordnung unzulässig. So überwog bei einer Verordnung, die Augenuntersuchungen anordnete, ohne Vorkehrungen gegen Ansteckungsgefahr zu treffen, die schädigende Wirkung die günstige und berechtigte das Kammergericht, die Verordnung für ungültig zu erklären[2].

c) Anhangsweise lassen sich einige Besonderheiten der Polizeierlaubnis am besten hier zur Sprache bringen. Um mit dem wichtigsten Satze zu beginnen: die Schranken des Polizeibefehls gelten nicht notwendig für die Polizeierlaubnis — eine vielfach übersehene Selbstverständlichkeit, wenn man bedenkt, daß die Erlaubnis ein begünstigender, der Befehl ein belastender Verwaltungsakt ist.

Schon in den Formerfordernissen weicht die Erlaubnis vom Befehle ab. Der Befehl bedarf der Begründung, die Erlaubnis nicht. Auch für die Weiterübertragung der Amtsgewalt gelten abweichende Vorschriften. Allerdings bleibt die endgültige Versagung der Erlaubnis und die Erteilung einer förmlichen, im Gesetze näher geregelten Erlaubnis auch hier der zuständigen Behörde vorbehalten, doch sind Verbote der Polizeibehörde zulässig, die die auflösende Bedingung enthalten, daß irgendeine untergeordnete Stelle von ihrer Innehaltung entbinden kann, z. B. das Verbot, am Hafen ohne Genehmigung des Hafenmeisters anzulegen, dem Bache Kies ohne Genehmigung des Wasserbauinspektors zu entnehmen, mit dem Abbruch eines Gebäudes ohne Erlaubnis des amtlichen Bauaufsehers zu beginnen. Ebenso unterliegt hier die Vertauschung des Verbots mit der Aufzählung des Unverbotenen einer andern Beurteilung als beim Polizeibefehl. Gestattet ein Gesetz das Verbot einzelner Arten von Ausverkäufen und zählt die Behörde statt dessen die erlaubten Ausverkäufe einzeln auf, so ist die Maßnahme unzulässig, weil die Behörde auf diese Weise mehr verbietet, als sie bei der gesetzlich zugelassenen Ausdrucksweise verbieten würde[3]. Gestattet dagegen ein Gesetz die Überlassung bestimmter Apothekerwaren an den freien Verkehr nach Maßgabe einer zu erlassenden Verordnung (GewO. § 6 II) und setzt die Verordnung statt dessen ein sog.[4] Apothekerprivileg fest, bestimmt also, welche Waren dem Verkauf in den Apotheken vorzubehalten sind, so schadet diese Vertauschung nicht, da sie den einzelnen günstiger stellt; alle Waren nämlich, die dem Verordnenden entgangen sind, sind jetzt dem freien Verkehr überlassen, während sie bei wortgetreuer Handhabung der Ermächtigung dem Verkehre entzogen wären.

Vor allem aber erweitern sich die Gesichtspunkte, die bei Erteilung der Erlaubnis berücksichtigt werden dürfen. Bei der reinen Erlaubnis kann dies nicht zum Ausdruck kommen, wohl aber bei den einer Erlaubnis bei-

---

[1] PrOVG. 25. Jan. 17, PrVerwBl. 39 (1918) S. 31ff.

[2] KG. 13. Nov. 02, KGJ. 25 C 30ff. Vgl. auch PrOVG. 5. Dez. 29, Entsch. 85, 311ff.

[3] Vgl. oben S. 430 N. 3.

[4] Kais. VO. v. 22. Okt. 01; hierzu SONTAG LeipzZ. 1929 Sp. 801ff., 1255ff.; 1930 Sp. 1372ff.; 1931 Sp. 167f.

zufügenden Bedingungen und Auflagen. Eine Polizeiverordnung verbietet z. B. das Rollschuhlaufen auf der Straße, gestattet aber Befreiungen für einzelne Stadtteile. Der Grund, weshalb die Polizei von der Befreiungsmöglichkeit Gebrauch machen wird, ist sicher kein polizeilicher, denn eine Störung des Verkehrs und eine Lärmgelegenheit bedeutet das Rollschuhlaufen immer. Vielmehr erlaubt die Polizei aus der außerhalb des landrechtlichen Polizeibegriffs liegenden Erwägung, den Kindern möglichst das ersehnte Spiel freizugeben. Diese außerpolizeiliche Erwägung gestattet aber auch eine außerpolizeiliche Gegenerwägung: Schutz des Schulbetriebs. Also kann die Polizeibehörde das Rollschuhlaufen von der Einwilligung der Schulbehörde abhängig machen, während beim Polizeibefehl eine solche Berücksichtigung der Schule unzulässig wäre. Selbst fiskalische Erwägungen sind bei Erteilung von Erlaubnissen nicht unstatthaft, etwa die, daß der über die Fluchtlinie Bauende bei Erteilung des Baudispenses der Gemeinde eine bestimmte jährliche Geldsumme zu zahlen sich bereit erklärt hat. Ist aber dies richtig, so müssen auch für den Widerruf einer Polizeierlaubnis weitergehende Erwägungen zulässig sein als bei ihrer Erteilung. Das preußische OVG. engt daher die Bewegungsfreiheit der Polizei zu sehr ein, wenn es selbst den ausdrücklichen, einer Erlaubnis beigefügten Widerrufsvorbehalt nur als den Vorbehalt eines polizeilich gebundenen Widerrufs gelten lassen will[1]. Würde dies übrigens richtig sein, so wäre der Widerrufsvorbehalt, weil als unbeschränkt gewollt, nach früher Gesagtem (S. 266f.) unwirksam und mit ihm die ganze Erlaubnis.

d) Kehren wir wieder zum Polizeibefehl zurück, so ist die falsche Adresse eine sehr häufig vorkommende Form der Machtüberschreitung[2].

Die Frage der Polizeifähigkeit wurde schon im Zusammenhange mit der Geschäftsfähigkeit und der Rechtsfähigkeit berührt (S. 166f., 176f.). Hier handelt es sich nur um die Frage, an welche polizeifähige Person sich die Polizei bei Erlaß einer Polizeiverordnung oder -verfügung halten kann. Die Antwort pflegt zu lauten: an den Störer. Der Kürze halber kann man den Ausdruck beibehalten, obgleich er auf ein Tätigsein hinweist, polizeiliche Haftungen aber auch ohne Tätigwerden des „Störers“ vorkommen. Man muß sich nämlich klar sein, daß der „Störer“ zwei ganz verschiedene Gruppen von Personen umfaßt: den Gewalthaber und den Verursacher. Daß man aber der Polizei nicht gestattet, andere Personen als diese beiden heranzuziehen, ist heute gesichertes Ergebnis von Rechtsprechung und Wissenschaft und hängt mit dem typischen Verbotscharakter des Polizeibefehls zusammen. Die Polizei soll Störungen verhüten, und der einzelne soll ihr, soviel an ihm liegt, dabei behilflich sein. Wenn trotzdem Störungen entstehen, hat er sie zu beseitigen, soweit er sie selbst verursacht hat oder soweit sie von Menschen oder Sachen ausgehen, über die er Gewalt hat.

α) Als *Gewalthaber* haftet der einzelne für die Polizeimäßigkeit seiner eigenen Person, der seiner Gewalt unterworfenen Menschen und der seiner Verfügungsmacht unterworfenen Sachen. Daher zunächst die Erscheinung, daß sich Verbote an jedermann richten können; denn sie wollen verhindern, daß der einzelne polizeiwidrig werde. Bei Geboten muß man sich immer überlegen, wer Gewalthaber ist. Ist jemand mit einer ansteckenden Krankheit behaftet oder befindet er sich in unbekleidetem Zustande auf der Straße, so haftet er als der Gewalthaber über sich selbst, als polizeiwidrige Person. Ebenso haftet der Familienvorstand für das polizeiwidrige Verhalten seiner Kinder und sonstigen Schutzbefohlenen, der Hausherr für das Gebaren der seinem Hausrecht Unterworfenen. Namentlich

---

[1] Kritik dieser Rechtsprechung — z. B. PrOVG. 10. Okt. 16, Entsch. 71, 428ff. — in meinem Aufsatz „Polizeiliche Genehmigungen auf jederzeitigen Widerruf“, PrVerwBl. 47 (1926) S. 574f. Vgl. auch Gesetz, Gesetzesanwendung S. 303f. und oben S. 280f. Richtig ThürOVG. 5. Okt. 27, ThürRdsch. 5 (1927/28) S. 122f.

[2] Zum folgenden vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 304ff., ferner PolG. 1931 §§ 18ff.

hat die Rechtsprechung wiederholt die Haftung des Gastwirts für seine lärmenden Gäste ausgesprochen[1]. Vor allem ist anerkannt die Haftung des Eigentümers für den polizeimäßigen Zustand einer Sache, soweit nicht, wie im Wege- oder Wasserrecht, Sonderregelungen Platz greifen[2]. So kann sich die Polizei wegen Stützung eines baufälligen Hauses an dessen Eigentümer halten. Sie kann von einem Saalinhaber Anbringung eines Hydranten oder vom Unternehmer eines Lichtspieltheaters Gewährung des Eintritts an polizeilich beauftragte Sachverständige verlangen[3]. Dem Eigentümer steht nämlich jeder über die Sache Verfügungsberechtigte bis zur Grenze seiner Verfügungsgewalt gleich[4], z. B. der Unternehmer, der Hausverwalter, der Nießbraucher, der Besitzer überhaupt. Bei Aufgabe des Eigentums ohne Eintritt einer Nachfolge im Besitz oder Recht haftet der letzte Eigentümer.

An wen hält sich die Polizei beim Zusammentreffen mehrerer Gewalthaber? Wenn keiner von ihnen die volle Verfügungsgewalt hat, wie beim Eigentum zur gesamten Hand, muß sie die Verfügung an alle Beteiligten gemeinsam richten[5], sonst hat sie grundsätzlich freie Wahl[6]. Sie kann also z. B. für das Abfahren des Hausmülls entweder den Hausherrn oder die Mieter verantwortlich machen. Die gleiche Freiheit der Wahl steht ihr auch zu, wenn die Polizeiwidrigkeit erst durch das Zusammenwirken mehrerer Störungen entsteht[7]. Die Abwässer zweier Fabriken würden, jedes für sich betrachtet, den Bach noch nicht erheblich verunreinigen, zusammen tun sie es. Oder zwei elektrische Oberleitungen sind an sich einwandfrei, stören sich aber gegenseitig und gefährden dadurch irgendwie die Allgemeinheit. Das Zusammentreffen einer Telegraphenleitung mit einer anderen Oberleitung hat § 6 des Telegraphenwegegesetzes vom 18. Dezember 1899 eingehend geregelt[8]. Soweit nicht das besondere Recht des Wegeunterhaltungspflichtigen mit hineinspielt, gilt dort (Abs. 5) der Grundsatz: „wer zuerst kommt, mahlt zuerst". Obgleich doch die allgemeine Geltung dieses Grundsatzes sich von selbst zu verstehen scheint, ist die Rechtsprechung dem Gedanken der Priorität wenig zugetan. N. baut ordnungsmäßig einen Holzschuppen; Brandgefahr für die Umgebung entsteht erst durch den Funkenwurf der Lokomotiven einer später errichteten Eisenbahn. Obschon § 14 des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 und namentlich § 14 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 die ausschließliche Haftung des Eisenbahnunternehmers für polizeigemäße Vorkehrungen nahelegen, hielt das OVG. doch die gegen N. gerichtete Verfügung aufrecht[9].

β) Außer dem Gewalthaber begegnet als richtiger Adressat polizeilicher Verfügungen der *Verursacher*. Hat jemand eine Laterne umgefahren oder die Straße aufgerissen oder den Stacheldraht eines Gartenzauns nach außen gebogen, so kann sich die Polizeibehörde an ihn halten, gleichgültig, ob daneben noch ein Gewalthaber besteht oder nicht. Die Polizei hat nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch hier freie Wahl, ob sie Wiederherstellung des polizeimäßigen Zustandes vom

---

[1] SächsOVG. 15. Juli 07, Jahrb. 6, 153ff.; PrOVG. 25. Sept. 14, PrVerwBl. 37 (1916) S. 153ff. Vgl. auch SächsOVG. 20. Dez. 29, Jahrb. 34, 269f.

[2] PrOVG. 4. Mai 15 u. 17. Apr. 17, Entsch. 68, 362ff. u. 72, 359ff.

[3] PrOVG. 27. Nov. 14, PrVerwBl. 37 (1916) S. 234ff.; BadVGH. 12. Juli 23, BadVerwZ. 1923 S. 141ff.

[4] PrOVG. 24. Mai 12, 16. Sept. u. 26. Okt. 15, Entsch. 61, 280ff.; 70, 326ff., 419ff.

[5] BraunschwVGH. 4. Juli 23, BraunschwZ. 70 (1925) Beil. S. 1; PrOVG. 4. Dez. 24, JW. 1925 S. 1678.

[6] PrOVG. 27. Apr. 15, Entsch. 69, 401ff.

[7] PrOVG. 28. Nov. 16 u. 21. Mai 28, Entsch. 72, 277ff. u. 83, 381ff. — Über das Verhalten der Polizei beim Zusammentreffen der Aufzüge zweier sich befehdenden Gruppen vgl. unten S. 490.

[8] Dazu RG. VI 30. Okt. 19, RGZ. 97, 67ff.; Freymuth ArchZivPr. 116 (1918) S. 101ff.

[9] PrOVG. 31. Jan. 13, Entsch. 65, 369ff.

Eigentümer oder vom Verursacher verlangen will, also z. B. vom Heeresfiskus oder von der Stadt, wenn der Fiskus gefährliche Munition auf städtischem Gelände aufgestapelt hat[1]. Doch haftet nach der Rechtsprechung des sächsischen OVG. der Verursacher vor dem Eigentümer[2].

Kommt bei der Haftung des Verursachers nur schuldhafte Verursachung in Frage oder auch schuldlose? Vielfach nimmt man Haftung auch des schuldlosen Verursachers an, wohl in Anlehnung an die Haftung des Gewalthabers, bei der es auf Schuld in der Tat nicht ankommt[3]. Aber so selbstverständlich ist die schuldlose Haftung keineswegs, außer den Fällen, wo sie, wie beim Tierhalter, auch nach Privatrecht besteht. Soll wirklich der Bergeverein, der ein Flußwrack zu heben sucht, dem es aber ohne Verschulden entgleitet, zur Beseitigung des Wracks verpflichtet sein, wenn es sich wieder festsetzt und nun die Schiffahrt behindert? Mit Recht verneint das preußische OVG. in einem solchen Falle die Haftung des schuldlosen Verursachers[4]. Es bedarf einer besonderen Bestimmung, wie des § $33^{\text{II}\,2}$ der thüringischen LVO., wenn sich die Polizei auch an ihn soll halten dürfen.

$\gamma$) Gewalthaber und Verursacher sind gegenüber einigen *verwandten Erscheinungen* abzugrenzen.

Nicht haftbar ist der bloße Veranlasser einer Polizeiwidrigkeit, also wer sie nicht selbst verursacht, sondern nur den Anlaß für die Verursachung durch andere bildet. So ist ein Umzug mit Vorantragen einer politischen Fahne an sich nichts Polizeiwidriges, auch ein Firmenschild mit Anklängen an die Zeit der Monarchie ist es nicht. Polizeiwidrig ist erst die Menge, die, erbost über Fahne oder Firmenschild, Gewalttätigkeiten begeht. Also darf sich die Polizei nicht an den Fahnenträger oder den Firmeninhaber halten, sondern nur an die radaulustige Menge[5]. In zwei Fällen allerdings darf sie den Gegenstand des Anstoßes beseitigen. Einmal bei Not an Mann: wenn die Polizei mit allen Kräften, deren Aufbietung man ihr billigerweise zumuten kann, der Störer nicht Herr wird, darf sie sich an den Veranlasser wenden. Dann, wenn der Veranlasser die Polizeiwidrigkeit bezweckt und damit zum Mitverursacher wird. Die beweglichen Reklamepuppen im Schaufenster, wie der Mohrenknabe, den eine Frau mit Sunlightseife weiß wäscht, sind gerade dazu da, die Menschen anzulocken und zum Stehenbleiben zu veranlassen. Hier hat die Polizei wieder freie Wahl. Sie kann einen Schutzmann aufstellen, der die verkehrshindernde Ansammlung zerstreut; sie kann aber auch dem Ladeninhaber die Beseitigung oder Stillegung des Puppenspiels aufgeben[6].

Nicht haftbar ist auch der Gestörte. Innerhalb des ursächlichen Zusammenhangs befindet sich allerdings auch er, ohne Gestörtwerden kein Stören. Aber Aufgabe der Polizei ist es gerade, den einzelnen vor Störungen zu schützen. Wenn daher von einem höher gelegenen Hause[7] Abbröckelungen drohen, die tiefer

[1] PrOVG. 27. Mai 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 512.

[2] Z. B. SächsOVG. 9. Dez. 08, Jahrb. 13, 116ff. Ebenso wohl auch ThürOVG. 25. Jan. 28, Jahrb. 12, 136ff.

[3] PrOVG. 24. Mai 12, Entsch. 61, 280ff. (Haftung eines Mühlenunternehmers für den durch Hochwasser verursachten polizeiwidrigen Zustand des Stauwehrs).

[4] PrOVG. 19. Nov. 03, Entsch. 44, 418ff. (anders, mit Rücksicht auf WasserG. § 122, PrOVG. 28. Juni 28, Entsch. 83, 262f., und allgemein PolG. 1931 § $19^{1}$). Vgl. auch BadVGH. 28. März 06, BadVerwZ. 1906 S. 243ff.; § $5^{\text{II}}$ hamb. Wohnungspflegeges. v. 12. Juli 22/28. Juni 26; FRIEDRICHS JW. 1931 S. 971.

[5] PrOVG. 18. Jan. u. 21. Juni 23, Entsch. 78, 261ff., 267ff. Vgl. auch PrOVG. 14. Mai 25, Entsch. 80, 176ff. (Borkumlied).

[6] PrOVG. 28. Okt. 01, 10. Okt. 29 u. 15. Mai 30, Entsch. 40, 216ff. u. 85, 270ff., RVerwBl. 52 (1931) S. 330ff. Ebenso HansOLG. 11. Febr. 05, HansGZ. 1905 Beibl. S. 149ff., u. 11. Juni 28, GoltdArch. 73 (1929) S. 141f., im Gegensatze zu HansOLG. 22. März 98, HansGZ. 1898 Beibl. S. 93f.; vgl. dazu auch KG. 7. Okt. 24, KGJ. Erg. 4, 310f. (Frisieren im Schaufenster).

[7] Anders bei einem Felsblock: WürttVGH. 29. Jan. 02, WürttZ. 44 (1902) S. 215ff.; BadVGH. 26. Okt. 15, BadVerwZ. 1916 S. 106ff. Meinen Widerspruch gegen die erste Entscheidung — vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 314 N. 49 — halte ich nicht aufrecht.

gelegene Wohnhäuser anderer Eigentümer gefährden, so wäre es die verkehrte Welt, wenn die Polizei den bedrohten Eigentümern das weitere Wohnen in den Häusern verbieten dürfte, statt dem Oberlieger die Einrichtung von Schutzanlagen aufzuerlegen.

Nicht haftbar ist endlich der Inhaber des Gegenmittels. So sind leerstehende Wohnungen das beste Mittel gegen den polizeiwidrigen Zustand der Obdachlosigkeit. Trotzdem kann die Polizei vom Eigentümer ohne besondere Ermächtigung nicht verlangen, daß er die Wohnung für Wohnzwecke herrichtet[1]. Ebensowenig kann sie einen Hauseigentümer zwingen, den Giebel seines Hauses zwecks Stützung des Nachbarhauses zu verstärken[2]. Auch die freie Aussicht kann ein solches Gegenmittel sein, über das die Polizei nicht verfügen darf. So ist freie Aussicht an einer Wegekreuzung sehr erwünscht, da man kreuzende Kraftwagen und Straßenbahnen schon von ferne herankommen sieht. Trotzdem ist der Eigentümer des bisher unbebauten Grundstücks nicht verpflichtet, die freie Aussicht weiter in den Dienst des Verkehrs zu stellen. Er kann bauen oder einen Bretterzaun errichten, ohne daß es ihm die Polizei verbieten darf[3]. Will sie es doch, so muß sie im Enteignungsverfahren eine Dienstbarkeit auf das Grundstück zu legen suchen. Noch viel weniger kann die Polizei den Inhaber eines bloß möglichen Gegenmittels belangen. So ist die Arbeitskraft der Straßenanlieger ein mögliches Gegenmittel für die Beseitigung des Straßenschmutzes. Aber die Polizei verfügt nicht darüber. Auch wo die Frage nicht ausdrücklich geregelt ist, wie jetzt in Preußen, sind daher Polizeiverordnungen, die den Anliegern die Straßenreinigungspflicht auferlegen, ungültig[4].

δ) Die Gefahr, daß sich die Polizei in der Auswahl der zu verpflichtenden Personen auf diese Weise allzu große Schranken auferlegen muß, wird beseitigt durch die *Erweiterung des Kreises der Verpflichtbaren kraft besonderer Rechtsgrundlage.* Eine solche Grundlage bildet neben dem Sondergesetz, z. B. dem preußischen Feuerlöschgesetz vom 21. Dezember 1904, dem Polizeistrafgesetzbuch[5], den Wasser- und Wegegesetzen[6], den Gemeindeordnungen[7], der Notstand, d. h. die für die Polizeibehörde zu Tage tretende Unmöglichkeit, der Polizeiwidrigkeit anders Herr zu werden als durch Inanspruchnahme eines Unbeteiligten. Die Befugnis hierzu nimmt sich die Polizei unter Billigung der Rechtsprechung, kraft eines Schlusses vom Zweck aufs Mittel, aus ihrer gesetzlich festgelegten Aufgabe, für die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu sorgen. Wir wissen bereits[8], daß sie auf dieser Grundlage Zeugen vorlädt und Obdachlose in Privatwohnungen einweist. Auch sonst kann sie sich in Notfällen an den Inhaber des Gegenmittels halten. Das Außerordentliche solcher Maßnahmen zeigt sich aber in zweierlei: sie sind erst zulässig, wenn mit einem Befehle an den „Störer" nichts auszurichten wäre[9], und sie verpflichten als Zumutung an den einzelnen, „seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern", nach § 75 Einl. ALR. zur Entschädigung. Die thüringische LVO. hat sich der ganzen Frage mit besonderer Sorgfalt angenommen[10]. Nach § 33$^{III}$ darf eine „an der Verursachung einer Gefahr

---

[1] PrOVG. 10. Apr. 24, Entsch. 79, 407ff.; ähnlich PrOVG. 15. März 23, Entsch. 78, 431ff.

[2] PrOVG. 30. Nov. 15, PrVerwBl. 37 (1916) S. 633ff.; vgl. auch PrOVG. 19. Mai 14, Entsch. 67, 381ff.

[3] Sehr bedenklich daher PrOVG. 13. Mai 02, Entsch. 41, 428ff., aufrechterhalten 5. Dez. 29, RVerwBl. 51 (1930) S. 343f.

[4] Vgl. oben S. 418. Vgl. ferner OldOVG. 16. Okt. 13, OldZ. 40 (1913) S. 477ff. (keine Verpflichtbarkeit des Inhabers eines Privatkrankenhauses zur Aufnahme von Kranken); Bad. VGH. 11. Dez. 23, BadVerwZ. 1924 S. 63f. (keine Verpflichtbarkeit des Wirts zur Abgabe von Speisen und Getränken; anders bay. PolStGB. Art. 144, dazu Zapf DJZ. 1931, 161f.).

[5] Vgl. vorige Anmerkung a. E.

[6] Vgl. PrOVG. 20. Apr. 22, Entsch. 77, 382ff.; PrOVG. 24. Nov. 14, Entsch. 68, 439ff.

[7] Z. B. sächs. GemO. v. 1. Aug. 23./15. Juni 25 § 6$^{III}$. [8] Vgl. oben S. 150f., 417, 410f.

[9] Vgl. z. B. PrOVG. 19. Febr. 20, Entsch. 75, 339ff.

[10] Vgl. die entsprechende Regelung im PolG. 1931 §§ 21, 70ff.

unbeteiligte Person ... in Anspruch genommen werden, wenn eine unmittelbar bevorstehende Gefahr nicht anders beseitigt werden kann, jedoch höchstens so lange, bis die Behörde die zur Beseitigung der Gefahr nötigen Mittel hat beschaffen können". Und nach § 50[1] kann für „den durch eine Polizeiverfügung verursachten Schaden ... der Geschädigte, soweit nicht § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuches Platz greift, Ersatz nur verlangen, wenn die Gefahr, zu deren Anwendung die Polizeiverfügung erlassen ist, nicht durch sein Verhalten oder das Verhalten der Person, für die er verantwortlich ist, oder durch die Sache, für die er einzustehen hat, verursacht worden ist".

e) Wir können die Frage der Machtüberschreitung nicht verlassen, ohne der Überschreitung selbstgezogener Schranken kurz zu gedenken[1].

Die Polizei kann die Fülle des ihr zustehenden Ermessens einengen durch Wahl eines bestimmten Gesichtspunkts, unter dem sie die Verordnung oder Verfügung erläßt. So verbot einmal eine Straßenpolizeiverordnung unter Hinweis auf den nur für den Straßenverkehr geltenden § 366[10] StGB. das Herumlaufenlassen von Hunden ohne Maulkorb in den Treppenhäusern. Obgleich die Polizeibehörde unter dem Gesichtspunkte der „Sorge für Leben und Gesundheit" auch dies Verbot hätte erlassen können[2], mußte sie sich gefallen lassen, daß die Verordnung als straßenpolizeiliche Vorschrift gewertet und als solche für ungültig erklärt wurde[3]. Bei Verfügungen besteht die Möglichkeit späteren Vorbringens des richtigen Gesichtspunkts, soweit der Tatbestand nicht abgeschlossen in der Vergangenheit liegt[4]. Fehlt es an solchem zulässigen Vorbringen, so beurteilt das Verwaltungsgericht die Verfügung ausschließlich unter dem Gesichtspunkt, unter dem die Polizei die Verfügung erlassen hat[5].

Die Polizei kann aber die ihr zustehende Freiheit auch durch gleichmäßige Handhabung ihres Ermessens einengen. Denn freies Ermessen bedeutet nicht Willkür, unsachliches Abweichen von den eigenen Grundsätzen im Einzelfalle würde aber Willkür sein. So rügte einmal ein Gastwirt in seiner verwaltungsgerichtlichen Klage, bei gleichen tatsächlichen Verhältnissen sei ihm die Erlaubnis zur Veranstaltung von Tanzlustbarkeiten ständig versagt, allen anderen Wirten aber ständig erteilt worden; obgleich auf die Prüfung der Rechts- und Tatfrage beschränkt, erhob das oldenburgische OVG. Beweis über die Behauptung[6]. Ebensowenig gestattete das preußische OVG. der Polizei, die Entfernung eines einzigen, bestimmten Strandkorbs vom Strande zu verlangen, wäre aber mit der Ausdehnung der Maßregel auf alle Strandkörbe einverstanden gewesen[7]. In einem der Fälle, da die Erteilung eines Wandergewerbescheins dem freien Ermessen der Polizei anheimgegeben ist, erteilt die Behörde ihn für das Jahr 1919; für das folgende Jahr versagt die Behörde den Schein, ohne daß sich etwas geändert hätte, wird aber vom OVG. belehrt, daß so etwas unzulässig ist[8]. Oder die Polizei verwarnt einen Trunkenbold und stellt ihm den Erlaß eines Wirtschaftsverbots in Aussicht, falls er sich wieder betrinke; der Mann betrinkt sich nicht, trotzdem erläßt die Polizei das Verbot; das OVG. hebt auf, da sich die Behörde durch die

---

[1] Vgl. dazu Gesetz, Gesetzesanwendung S. 321ff.

[2] PolVerwG. § 6b; vgl. auch oben S. 435 N. 2.

[3] KG. 29. Dez. 06, KGJ. 33 C 5ff.; ähnlich BayObLG. 23. Febr. 28, SammlSt. 28, 48f.

[4] Vgl. oben S. 264f.

[5] Belege in Gesetz, Gesetzesanwendung S. 323 N. 8; vgl. ferner ThürOVG. 13. Febr. 30, JW. 1930 S. 1263.

[6] OldOVG. 22. Juni 09, OldZ. 37 (1910) S. 170ff. Vgl. auch OldOVG. 16. Okt. 13 u. 9. Dez. 22, OldZ. 40 (1913) S. 477ff., 50 (1923) S. 11ff.

[7] PrOVG. 18. Mai 09, Entsch. 54, 261ff. Vgl. auch OldOVG. 1. Juni 08, OldZ. 36 (1909) S. 39ff.

[8] PrOVG. 9. Dez. 20, Entsch. 76, 426ff., auch 7. Febr. 29, GewArch. 26 (1929) S. 587ff.; ähnlich SächsOVG. 18. Dez. 25, Jahrb. 30, 92ff. (Jagdkarte).

Warnung gebunden habe[1]. Befahl die Polizei vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927 einer Kontrolldirne Räumung einer Wohnung, obgleich die Behörde auf Anfrage gegen den Einzug nichts eingewandt hatte, und duldete sie andere Kontrolldirnen in der gleichen Straße, so hob das hamburgische Verwaltungsgericht wegen „Willkür“ und „Verstoßes gegen Treu und Glauben“ auf[2]. Die so naheliegende Bezugnahme auf den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze nach RV. Art. 109 findet man auch in den neueren Entscheidungen merkwürdigerweise nur selten, obgleich das Verbot der Willkür nur die andere Seite des Grundsatzes darstellt[3].

3. Der **Widerspruch mit den Tatsachen** ist ein, genau genommen, nur bei Polizeiverfügungen vorkommender Fehler. Denn die beim Erlasse einer Polizeiverordnung mögliche irrtümliche Annahme oder Nicht-Annahme von Tatsachen gehört zur Rechtsfrage[4] und scheidet hier aus. Ist z. B. eine gewisse Art von Verordnungen, etwa über lärmende Betätigungen, nur in Kurorten zulässig und irrt die verordnende Behörde in der Annahme, der Ort, für den sie die Verordnung erläßt, sei ein Kurort, so ist dies kein gewöhnlicher Tatsachenirrtum, sondern, da die Gültigkeit eines Rechtssatzes davon abhängt, eine der Beurteilung durch den Revisionsrichter unterliegende Rechtsfrage. Für Polizeiverfügungen aber hat die Scheidung ihrer Fehlerhaftigkeiten in solche, die einen Widerspruch mit dem Rechte, und solche, die einen Widerspruch mit den Tatsachen darstellen, nur in den verhältnismäßig seltenen Fällen[5] Bedeutung, in denen das Verwaltungsgericht Revisionsgericht ist, also nur die Rechtsfrage zu prüfen hat. Beim preußischen OVG. ist dies bekanntlich der Fall, wenn über eine angefochtene Verfügung zunächst der Kreisausschuß als Verwaltungsgericht ersten Rechtszuges, dann der Bezirksausschuß entschieden hat und nunmehr das Rechtsmittel der Revision an das OVG. geht[6]. Nur für diese und ähnliche Fälle ist der Widerspruch mit den Tatsachen kein vom OVG. zu beurteilender Anfechtungsgrund einer polizeilichen Verfügung. Dem mit einem Wirtshausverbote bedachten ansteckend Kranken wäre hier die Behauptung, er sei tatsächlich gar nicht krank, versagt; er könnte nur etwa vorbringen, daß die Verfügung rechtlich zu weit gehe, da er, wie der Bezirksausschuß festgestellt habe, als Junggeselle auf das Essen im Wirtshause angewiesen sei. Hat dagegen das OVG. im zweiten Rechtszuge über eine Berufung gegen das Urteil des Bezirksausschusses oder im ersten Rechtszuge über eine unmittelbar beim OVG. erhobene Klage zu entscheiden, so prüft es auch jene tatsächlichen Voraussetzungen und damit den Widerspruch der Polizeiverfügung mit den Tatsachen in vollem Umfange nach. Maßgebend für die Beurteilung sind die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkte des Erlasses der angefochtenen Verfügung[7].

4. Ein Polizeibefehl, eine Versagung oder ein Widerruf kann endlich ungültig sein wegen **Unzulässigkeit der zugrundeliegenden Erwägungen.**

Wegen dieses Ungültigkeitsgrundes sei auf das über die Ermessensfehler oben S. 36ff. Gesagte verwiesen. Während man die bisher erörterten Ungültigkeitsgründe, außer dem durch Wahl eines bestimmten Gesichtspunktes entstehenden (S. 446), ohne weiteres durch Ermittelung der tatsächlichen Verhältnisse und Heranziehung des anzuwendenden Gesetzes feststellen kann, bedarf es hier eines Eingehens auf die dem Akte vorangehenden Erwägungen, namentlich auf den mit dem Akte verfolgten Zweck. Liegen rechtsirrige oder unzulässige Erwägungen vor und verrät sich die Behörde, so ist ihre Verordnung unwirksam und unterliegt ihre Verfügung

[1] PrOVG. 30. Juni 16 PrVerwBl. 38 (1917) S. 269f.; vgl. aber auch 6. Febr. 30, DJZ. 1931 Sp. 172. [2] HambVG. 6. Apr. 26, HansRZ. 1926 Sp. 954f.

[3] Vgl. oben S. 163ff. Den Art. 109 RV. erwähnt BadVGH. 17. Apr. 28 u. 9. Apr. 29, BadVerwZ. 1928 S. 187f., 1929 S. 126f. [4] Vgl. oben S. 134.

[5] Vom 1. Okt. 31 an werden sie die Regel bilden: PolG. 1931 § 51; vgl. aber auch S. 317 N. 4.

[6] LVG. §§ 128[Ia], 82[I], 93[I]. [7] PrOVG. 23. März 22, Entsch. 77, 377ff.

der Aufhebung auf Anfechtung hin. So könnte eine Polizeiverordnung mit Rücksicht auf das Ruhebedürfnis der Bevölkerung unter Umständen den Wirten verbieten, ihre Kegelbahnen an Werktagen ohne vorgängige polizeiliche Genehmigung zum Kegelspielen herzugeben; sagt aber die Verordnung selbst, daß sie ergangen sei, „um die Arbeiter des Hüttenwerkes abzuhalten, an den Werktagen zu kegeln, und sie an die Arbeit zu fesseln", so offenbart die Behörde einen unzulässigen Zweck und macht die Verordnung dadurch ungültig[1]. Die Polizeibehörde kann auf Grund besonderer Gesetze aus Rücksichten des Naturschutzes Beseitigung von Reklametafeln verlangen; trifft sie aber diese nach Sachlage an sich zulässige Maßnahme mit der Begründung, der Eigentümer der Tafel habe sich geweigert, eine größere Summe Geldes „freiwillig" in die Gemeindekasse zu zahlen, so berechtigt diese Begründung das OVG. zur Aufhebung der Verfügung[2]. Dies ändert sich, wenn die Behörde ihren wahren Beweggrund verbirgt und einen stichhaltigen als Vorwand angibt, z. B. die Einzäunung des Vorgartens mit der bekannten Begründung verlangt, ohne Einzäunung bilde er einen Unterschlupf für verdächtiges Gesindel, in Wirklichkeit aber den Eigentümer durch die Belastung mit den Kosten der Einzäunung zur unentgeltlichen Abtretung des Vorgartengeländes an die Gemeinde veranlassen will[3]. Die Behauptung des Vorwands weisen unsere Gerichte immer zurück[4]. Es mag auf den ersten Blick seltsam erscheinen, daß die Rechtsprechung dadurch auf die geschickte Erfindung eines Vorwands geradezu einen Preis aussetzt. Aber der Schaden wäre noch größer, wenn Gericht und Verwaltungsgerichte befugt wären, den Polizeibehörden Verlogenheit vorzuwerfen. Hier muß der einzelne hinter dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an einem harmonischen Zusammenarbeiten aller staatlichen Behörden zurücktreten. Als Trost mag es dem einzelnen dienen, daß sich ein stichhaltiger Vorwand nicht so leicht erfinden läßt. So wollte die Polizei einmal eine alte Ruine schützen und verbot das Näherrücken eines Steinbruchs an sie „zur Verhütung von Unglücksfällen". Die Verfügung wurde einfach wegen Übermaßes aufgehoben; denn Absperrungsmaßregeln taten den gleichen Dienst[5].

## § 21. Fortsetzung. Einzelne Zweige der Polizei.

Hatschek S. 174—260; E. Cahn Polizeirecht (Bes. Teil), Verkehrsrecht, Gewerberecht, in Giese-Neuwiem-Cahn Deutsch. VerwR. 1930 S. 199—367. — Zahlreiche Abschnitte bei Loening und G. Meyer-Dochow. — Alsberg Polizeistrafrecht 1930 (Textausgabe); Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, 5. Aufl. von Ebermayer u. andern, I 1928, II 1931. — Für Geschichte und Rechtsvergleichung noch heute wertvoll v. Schönbergs Handbuch der politischen Ökonomie III 2[4] 1898. — Anschütz Pr. VerfUrk. I 1912; derselbe RV.[10] 1929; Thoma Grundrechte und Polizeigewalt, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 183ff.

W. Meier Der menschliche Körper als Schutzobjekt im Verwaltungsrecht 1924. — Solbrig-Bundt-Böhm Handbücherei der Staatsmedizin 17 Bde. 1927ff.; Elster Sozialgesundheitsrecht, HWBRW. V 1928; Engelsmann Grundriß d. Gesundheitsgesetzgebung 1929; Voss Die reichs- u. landesrechtl. Bestimmungen a. d. Geb. d. Gesundheitswesens 1929; Bähnisch Medizinalpolizeirecht, in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 346 ff. — Solbrig, Fleischmann Art. „Krankheiten, übertragbare" im WStVR. II; Markull Die Gesetze betr. d. Bekämpfung übertragbarer Krankheiten[2] 1909; Schmedding-Engels desgl.[2] 1929; Weber-Lehnert Pockenbekämpfung 1928; Flinzer Impfgesetz[2] 1914; Solbrig Art. „Impfung" im WStVR. II; Jaffé Impfzwang oder Impfpflicht? MedArch. 2 (1911) S. 177ff.; Flügge desgl. S. 337ff. — Kommentare zum G. z. Bekämpfung d. Geschlechtskrankheiten von Geyer-Moses 1927, Schäfer-Lehmann 1928, Hellwig 1928, Goldbaum 1928, Knack-Quarck 1928, W. Adler 1929; Darstellungen von Dannemann 1928, Herz 1930; Schwéers-Memelsdorff

[1] KG. 2. Mai 95, KGJ. 16, 326f. Vgl. auch KG. 26. Aug. 27 u. OLG. Jena 8. Apr. 27, RVerwBl. 49 (1928) S. 353f. u. SächsThürArchR. 4 (1927) S. 378ff. (Plakatverbot als verkehrspolizeiliche Maßnahme und als Maßnahme zur Förderung des Säulenmonopols).

[2] PrOVG. 4. Febr. 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 324.

[3] Vgl. PrOVG. 3. Okt. 13 u. 18. Sept. 14, Entsch. 65, 421ff. u. 68, 435ff.

[4] Vgl. Gesetz, Gesetzesanwendung S. 354ff.

[5] BadVGH. 11. Nov. 02, BadVerwZ. 1903 S. 106ff.

Bekämpf. d. GeschlKr. in deutschen Städten 1930. Aufsätze u. a. in RVerwBl., BayGemZ. — Br. Heymann Art. „Mückenplage" im HWBKommunalW. III; Wilhelmi Fliegenplage und Polizei, PrVerwBl. 44 (1923) S. 409ff.; Friedrichs Kleintierpolizei, PrVerwBl. 45 (1924) S. 439ff., 455ff.; Morschewsky Rattenvertilgung, ThürRdsch. 5 (1927/28) S. 120f. — Grill Leichen- und Begräbnispolizei in Bayern[3] 1925. — Schünemann Ein Beitrag zum lüb. Tierverwertungsrecht, HansRGZ. A 1928 Sp. 675ff.; Rudolph desgl. f. Thüringen, ThürRdsch. 8 (1930) Sp. 21ff. — E. A. Schroeder Das Recht im Irrenwesen 1890; Reissner Zwangsunterbringung in Irrenanstalten 1905; Solbrig Art. „Irrenwesen" im WStVR. II; Sioli Art. „Irrenwesen" im HWBKommunalW. II; Rittershaus Die Irrengesetzgebung in Deutschland 1927; Metzdorf D. gemeingef. Geisteskranke im heut. Verwaltungs- u. künft. Strafrecht 1930; Th. Mayer Zu Art. 80[II] (bay.) PolStGB. (Irrenunterbringung), BayVerwBl. 77 (1929) S. 97ff.; Bührer Das bad. Irrenrecht, BadVerwZ. 1911 S. 221ff.; Holdermann Das badische Irrenfürsorgegesetz 1927.

Reddemann-Fleischmann Art. „Feuerpolizei (Feuerwehr)" im WStVR. I; Reddemann Brandbekämpfung a. d. Lande[3] 1920; Helmer Feuerpolizei 1927; Fischer-Mahly Pr. Feuerpolizeirecht 1928; Hofmiller Samml. feuerpol. Vorschriften f. Baupolizei u. Feuerschau i. Bayern 1929; Josef Rechtsverh. d. Feuerwehren, Stusev. 1920/21 S. 523ff. — Brandes-Wasmuht Verkehr m. brennb. Flüssigkeiten[2] 1931; H. Jaeger-Ulrichs AcetylenVO. 1924; Seeger Sicherheitsvorschriften für Lichtspielvorführungen 1926; C. Hartmann Die ges. Bestimmungen ü. d. Genehmigung u. Untersuchung von Schiffsdampfkesseln[11] 1927; H. Jaeger-Ulrichs Bestimmungen ü. Anlegung u. Betrieb d. Dampfkessel[5] 1926; Denker Der Verkehr mit Sprengstoffen[12] 1930; G. Koch G. betr. d. Prüfung d. Läufe und Verschlüsse der Handfeuerwaffen 1892; Zindel (Württ.) VO. ü. d. Schutz gegen Hunde 1929. — H. Peters Kraftfahrzeugrecht, in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze II [21] 1928 S. 472ff.; Fr. Müller Automobilgesetz[7] 1931; Isaac-Sieburg desgl.[2] 1931. Die Zeitschriften „Das Recht des Kraftfahrers", „Deutsches Autorecht", „Autorechtliche Rundschau". — Über das neue Straßenverkehrsrecht Fey 1928, Borchert 1929, Volkmann 1929, ferner: Weiss-Hey Die Berliner Straßenordnung 1929; Weiler Der Straßenverkehr (u. bes. Berücksichtigung Bayerns) 1927; Aulhorn-Pusch Sächsische Straßenverkehrsordnung 1927; Wilhelm Württ. Straßenverkehrs-Ordnung[2] 1929. Schöne „Der Sommerweg" im modernen Straßenverkehr, RVerwBl. 49 (1928) S. 241f. — Sebba Seewasserstraßenordnung 1928. — Textausgaben zum Luftverkehrsrecht von Wergerdt[2] 1930, Gottscho 1931. Bredow-Müller Luftverkehrsgesetz 1922, Erg.-Heft 1927; Busse Luftrecht 1928; Oppikofer Intern. Handelsluftfahrt u. einzelstaatl. Verwaltung, ArchÖffR. 58 (1930) S. 323ff.; Kley Luftpolizei i. Württemberg, Württ. Polizeiblatt 2 (1929) S. 129ff. — H. Jaeger-Wolter-Rühl Bestimmungen über Einrichtung und Betrieb der Aufzüge[4] 1930.

Rapmund Art. „Gifthandel" im WStVR. II; Sonnenfeld Die reichsr. Best. betr. den Handel mit Drogen und Giften[3] 1926; Rapmund Art. „Geheimmittel" im WStVR. II; derselbe Art. „Arzneimittel" im WStVR. I; Kunz-Krause Die reichsges. Regelung d. Verkehrs mit Arzneimitteln 1926; Stader Rechtl. Stellung d. Geheimmittel u. ähnl. Arzneimittel 1929; Kronecker Preußische Polizeivorschriften ü. Ankündigung von Arzneimitteln, MedArch. 1 (1910) S. 13ff., 161ff., 327ff., 493ff.

Münchgesang u. a., Art. „Bauwesen" im WStVR. I; Luppe u. a., Art. „Baupolizeirecht" im HWBKommunalW. I; Jahn Handwörterbuch des Baurechts 1928; Riess Bauordnungen, Stusev. 1926 S. 282ff.; Werneburg Das Baurecht 1928. — Baltz-Fischer Preußisches Baupolizeirecht[5] 1926, Nachtr. 1927; Kersten Baupolizeirecht, in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 745ff.; Born Pr. Baupolizeirecht 1902; Sass desgl. 1909; Alexander-Katz desgl. 1910; Heine Die pr. Baupolizeigesetze 1928; Clouth Kommentar zur Bauordnung für Berlin 1927. — Ackermann Der Baukonsens 1910; Scholz Zur Lehre v. d. Bauerlaubnis, VerwArch. 23 (1915) S. 211ff., 24 (1916) S. 184ff.; Eisentraut Bedingungen, Befristungen und Auflagen im pr. Baupolizeirecht, Gieß. Diss. 1925; derselbe Wesen d. Bauerlaubnis, Stusev. 1926 S. 223ff., 320ff.; Riess Baudispense, Stusev. 1927 S. 127ff.; Pahlke Das Wesen d. Baugenehmigung u. d. Baudispenses, VerwArch. 32 (1927) S. 37ff.; Werneburg Baufreiheit und Baukonzession (Bauerlaubnis), FischersZ. 62 (1928) S. 28ff. — Stenger Das i. Bayern gelt. Bau- u. Wohnungsrecht 1919; Englert-Schmitt-Stauffer Bay. BauO.[6] 1929; Heilmann-Weinisch Bay. BauO.[3] 1931; Helmreich-Schels-Steinhauser Münchener Baupolizeirecht 1927; H. Schanz Die Baugenehmigung in Bayern 1901; Rumpelt Allg. Baugesetz f. Sachsen 1911; W. Apelt Grundz. d. sächs. Baurechts 1914; Häffner-Burger Württ. BauO.[3] 1927; Vatter Wegweiser durch d. württ. Baugesetz[3] 1928; Schlusser-Franz Bau- u. feuerpol. Vorschriften in Baden[6] 1924, Nachträge 1926; Roth Bad. LandesbauO.[3] 1925; Diez-Sommer Thür. Baurecht 1931; Schaefer Hess. Baurecht 1926; Fey Hess. Allg. BauO. 1926; Bürstenbinder BauO. f. Hamburg[2] 1926, Anh. 1—3 1927—1930. — Wolf-Schmid BauO. f. Wien 1930; H. Müller-E. Fehr Baupolizeirecht in der Schweiz 1913. — M. Petersen G. betr. d. Gründung neuer Ansiedlungen[2] 1911; Rummler Persönliche Ansiedlungsbeschränkungen 1906. — Heiligenthal Städtebaurecht und Städtebau I (1929); Reuscher Das Vorortproblem, Verw.-Arch. 35 (1930) S. 137ff. Riess Neue Probleme des Städtebaurechts, PrVerwBl. 46 (1925) S. 41ff.; derselbe Zum Entwurf eines Städtebaugesetzes, ebenda S. 495ff., 508ff.; F. W. Fischer

Flächenaufteilungspläne, PrVerwBl. 48 (1926/27) S. 1f.; v. EYNERN Das neue Städtebaugesetz, RVerwBl. 50 (1929) S. 395ff.; MARTINS Städtebau und Verwaltungsrecht in Bayern, BayVerwBl. 76 (1928) S. 113ff. ROB. SCHMIDT u. a. Reichsbaulandgesetz u. Stand. d. städtebaul. Gesetzgebung i. d. deutschen Ländern 1931. Vgl. auch die S. 402 genannten Schriften.

ALBRECHT, GUT, LÜBBERT u. a. Handwörterbuch d. Wohnungswesens 1930. — BRANDIS Miet- u. Wohnungsrecht in Reich u. Ländern 1925; MEYEROWITZ Das gesamte Miet- u. Wohnungsnotrecht[2] 1929; HIRTSIEFER Wohnungswirtschaft in Preußen 1929; BREDT Wohnungszwangswirtschaft 1930; STÜMPER Landesrecht d. Wohnungszwangswirtschaft in Bayern 1931; GOERTZ Wohnungsmangelrecht Sachsens 1927.

H. PETERS Landwirtschaftspolizeirecht, in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 561ff.; MOLITOR Landwirtschaftsrecht[2] 1928; DOCHOW desgl. 1927. — HERMES Art. „Reblaus-Krankheit" im WStVR. III. Kommentare zum pr. Feld- u. Forstpolizeigesetz v. DAUDE[6] 1926, WAGEMANN 1926, RASCH u. EGGERT[2] 1926; FEILITSCH Sächs. Forst- u. Feldstrafges.[2] 1921. RUMPF Die deutsche Saatzucht in wirtschaftsrechtlicher Beleuchtung 1923. — SCHWAPPACH Art. „Forstwesen" im WStVR. I; LOREY-WEBER Handb. d. Forstwissenschaft[4], 4 Bände 1925—27; H. PETERS Schutzwaldgesetz, in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze IV[17] 1926 S. 240ff.; MAHLY Das G. z. Erhaltung d. Baumbestandes 1922; WONHAS-MANTEL Bay. Forstgesetz 1931; GRANER Württ. Forstverwaltung 1913; K. ASAL Bad. Forstrecht 1898; PETRY Forstverwaltungsgesetzgebung in Hessen 1929; BIEGER-PILLMANN Meckl.-schw. Forst-, Jagd- und Naturschutzrecht 1930; BUCHNER Österr. Forstgesetze 1926. — FRIEDRICHS Art. „Veterinärrecht", „Viehseuchengesetze" im HWBRW. VI 1929; LANGE Deutsche u. ausl. Gesetzgebung a. d. Gebiete d. Viehseuchenbekämpfung 1929. Kommentare zum Reichsviehseuchengesetz und Nebengesetzen von FRHR. v. STENGEL[2] (für Bayern) 1922, EDELMANN[2] (für Sachsen) 1930, v. OSTERTAG (für Württemberg) 1926; DERSELBE Faulbrutbekämpfung 1930; SCHEUER-BEINZGER Anzeigepflicht bei Tierseuchen usw. in Thüringen 1927. — MORITZ Futtermittelgesetz 1927; SIMM desgl. 1927; SCHNEIDER-SCHULHÖFER desgl. 1927. — DAMMANN-STEIGER Art. „Beschälwesen" im WStVR. I; MEINZOLT (Bay.) Körgesetz 1930; GRUNDMANN Sächs. G. ü. d. Hengstkörung[2] 1927; v. GEHE D. sächs. Rinderzuchtgesetz 1925, Nachtr. 1926; RUMPF Die old. Pferdezucht. Ein landwirtschaftsrechtliches Paradigma, OldZ. 52 (1926) S. 13ff. — STELLING Art. „Jagd" im WStVR. II; DELIUS D. Jagdrecht i. d. gerichtl. Praxis I (1930); EBNER Pr. Jagdrecht 1908; DERSELBE Die pr. Jagdgesetze[8] 1928; DALCKE-DELIUS Pr. Jagdrecht[6] 1914; J. BAUER JagdO.[5] 1923; BORN Pr. Jagdgesetze 1928; STELLING Hannov. Jagdgesetze[2] 1930; CASPER Die Strandjagd in Schleswig-Holstein, SchlHolstAnz. 1928 S. 89f.; BEHR Bay. Jagdgesetz[2] 1928; POLLWEIN Bay. Jagdrecht[11] 1928; KÄÄB Die Jagdkarte nach pfälzischem Jagdrecht, BayVerwBl. 75 (1927) S. 449ff.; SCHMIDT-LEONHARDT Sächs. Jagdgesetz[2] 1930; PFUND Württ. Jagdgesetz 1927; M. ZAHN desgl., WüRV. 20 (1927) S. 113ff. u. Forts., 23 (1930) S. 149f.; KÜCHENTHAL-GRUNDNER Braunschw. JagdO.[2] 1929. — GIESE Art. „Fischerei (Fischereipolizei)" im WStVR. I; FRIEDRICHS Art. „Fischereirecht" im HWBRW. II 1927; DELIUS Pr. Fischereigesetz[2] 1929; BORN desgl. 1928; SCHLEGELBERGER desgl. 1929 (in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze III[17] S. 374ff.); BLEYER Bay. Fischereigesetz[3] 1925. — Kommentare zum Fleischbeschaugesetz von SCHROETER u. HELLICH[4] 1930, HEINE[2] 1914 (Erg. 1927), v. BRETTREICH u. VOLTZ (für Bayern) 1914, EDELMANN[2] (für Sachsen) 1926. v. OSTERTAG Die Ausführungsbestimmungen A z. RFleischbeschauG.[5] 1929. BAILER Verkehrsbeschränkungen betr. Ein- u. Durchfuhr von lebenden Tieren 1930. EDELMANN Schlachtviehversicherung in Sachsen 1907; BEINZGER-FAULTISCH Thür. Schlachtviehversicherungsgesetz 1925. — HOLTHÖFER-JUCKENACK Lebensmittelgesetz 1927; LEBBIN-GIESSNER desgl. 1928; COERMANN desgl. 1928; BAMES Lebensmittelrecht 1929. Kommentare z. Hopfenherkunftsgesetz von HIRSCH 1930, STIEGLER-KÜNSTLER 1930, zum Milchgesetz von KÖSTLIN I 1930, zum Weingesetz von FRITZEN 1930, GOLDSCHMIDT 1930.

RAPMUND Art. „Arzt" im WStVR. I; JOACHIM-KORN Deutsches Ärzterecht, 2 Bände 1921; EBERMAYER Der Arzt im Recht 1930. LANG Dentistische Rechtskunde, 2 Bände (1930). — Schriften über Kurpfuscherei von STIER-SOMLO AnnDR. 1908 S. 401ff., ROTERING MedArch. 3 (1912) S. 481ff., GRAACK HWBStW. VI[4] 1925 S. 113ff., SCHOPOHL 1926, EBERMAYER 1927, KRAMER 1928, K. H. MÜLLER (1929), GRAWERT u. ROTH (Tierheilkunde) 1930, A. ZIMMERMANN (Zürich) 1919. — F. ALTMANN Ärztliche Ehrengerichte u. ärztliche Standesorganisation in Preußen 1900; Entscheidungen des preußischen Ehrengerichtshofes für Ärzte I—IV 1908—1927; KEIDEL Handhbg. d. Medizinalpolizei in Bayern[2], 2 Bände 1926, ErgBd. 1929; RUMPELT Sächs. ÄrzteO. 1904. — RAPMUND Art. „Apothekenwesen" im WStVR. I; v. GNEIST Die Apothekergesetze d. Reiches u. Preußens 1925; URBAN Apothekengesetze[6] 1927; ADLUNG Die Apothekenbesitzrechte i. d. deutschen Ländern 1927; KUHN Die Rechtsverhältnisse der Apotheker i. Pr. bezügl. d. Stellvertretung, d. Verpachtung u. d. Haltens v. Lehrlingen, VerwArch. 15 (1907) S. 60ff.; LEWINSKY Die verkäufl. Apothekenkonzession nach pr. Recht 1911; HAMBURGER Die pr. Apothekenbetriebsrechte 1928; KUNZ-KRAUSE Sächs. Apothekengesetzgebung, 4 Bände 1908—28; Bad. Apothekenwesen[3], her. v. Vorst. d. Apothekerkammer 1914; VASTERLING Thür. Apothekergesetze 1930. — KROHNE Das pr. Hebammengesetz 1923 (über Rechtsfragen zu dies. Ges. NIEHUSS RVerwBl. 51, 1930, S. 355ff.); FIEDLER Sächs. Hebammengesetze 1927, Nachtr. 1928, 1930.

Otto Mayer Art. „Sittenpolizei“, WStVR. III; Hagemann Art. „Sittenpolizei“ im HWBRW. V 1928. — Kommentare zum Gaststättengesetz, alle 1930, von Frei, Friedrichs, Hampe-Bickes, Kerstiens[2], Köstlin (2 Tle.), Michel, Rohmer, Rohrscheidt, Salomon (m. 2 Nachtr.). Parisius Strauß-Wirtschaft, RVerwBl. 51 (1930) S. 211f. Bleckwenn Eine PolVO. betr. Raufbolde, PrVerwBl. 46 (1925) S. 505f. Über die Polizeistunde bei geschlossenen Gesellschaften Hensel JW. 1928 S. 1087ff., Stier-Somlo u. Boehm DJZ. 1928 Sp. 696ff., 1260f., Michel WüRV. 22 (1929) S. 68ff., über den Begriff der geschlossenen Gesellschaft überhaupt Dieckhoff 1926. — Wolzendorff Polizei und Prostitution 1911 (aus ZStaatsW. 67 S. 1ff., 218ff.); v. Pezold Zur Geschichte der Prostitution in Karlsruhe 1926; Urban Staat und Prostitution in Hamburg 1927; Friedrichs Polizei und gewerbsmäßige Unzucht nach neuem Recht, Stusev. 1927 S. 344ff.; über die gleiche Frage Melcher Krim. Monatshefte 4 (1930) S. 97ff. — J. Levy Die Schächtfrage 1927; A. Bethe u. a. Zur Frage der betäubenden Wirkung des Schächtschnitts 1927, beide Schriften erhältlich im Büro für Schächtangelegenheiten, Berlin N 24. Schlachttierschutz! (Münchner Tierschutzverein) 1929. — Fecker Beurteilung von Geschicklichkeitsspielen, „Die Polizei“ 24 (1927) S. 324f.; Kerstiens desgl., ebenda S. 601f.; Delius Öffentliche Glückspiele auf Jahrmärkten usw., „Die Polizeipraxis“ 1928 S. 185ff.; Leiber „Glücksspiel“, „Ausspielung“, „Lotterie“, BadVerwZ. 1929 S. 115ff. Strutz Art. „Lotterie“ im WStVR. II; Fr. Goldschmit Bay. G. ü. d. Lotteriespiel 1913. — A. Wolff Art. „Theaterrecht“ im WStVR. III; Elster Art. „Theaterrecht“ im HWBRW. VI 1929; Opet Deutsches Theaterrecht 1897; derselbe Art. „Theaterrecht“ im HWBStW. VIII[4] 1926; Assmann Die Theaterspielerlaubnis nach § 32 GewO. 1925; Dienstag Die Theaterkaution, RVerwBl. 51 (1930) S. 684ff.; Parisius Die polizeiliche Theateraufsicht, PrVerwBl. 47 (1926) S. 558ff.; Rothenbücher Über einen Fall der Präventivpolizei und die Theaterzensur, Festg. f. Fleiner 1927 S. 211ff.; dazu von Jan in BayVerwBl. 1927 S. 209ff.; über polizeil. Aufführungsverbote auch Opet ArchUrhR. 2 (1929) S. 210ff. u. Adriani RVerwBl. 51 (1930) S. 173ff. — Szczesny Lichtspielgesetz 1920; Seeger desgl. 1923; derselbe Das Reichslichtspielgesetz in der Rechtsprechung der Filmoberprüfstelle, ArchUrhR. 1 (1928) S. 58ff., 208ff., 255ff.; Falck Lichtspielgesetz, in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 312ff.; derselbe Reichsfilmzensur und Ortspolizeibehörde, ArchUrhR. 1 (1928) S. 633ff.; Eckstein Deutsches Film- und Kinorecht 1924; Goldbaum Tonfilmrecht 1929; Jehle Streiflichter zum Filmrecht, BayVerwBl. 75 (1927) S. 225ff.; Eichner Die polizeiliche Erlaubnis zur Veranstaltung öff. Lichtspiele nach Art. 32 bay. PolStGB., BayGemZ. 37 (1927) Sp. 153ff.

O. Goldschmidt Die pr. Gesetze gegen Verunstaltung 1912; O. Loening Pr. G. ü. d. Verunstaltung von Ortschaften u. landschaftlich hervorragenden Gegenden 1912; Adolph Sächs. G. gegen d. Verunstaltung von Stadt u. Land 1909; F. W. Fischer Begriff der Verunstaltung i. d. bisher. pr. Gesetzgebung u. i. Städtebaugesetzentwurf, PrVerwBl. 48 (1927) S. 121ff.; Olshausen Einspruchsrecht der Baupflegekommission, HansRZ. 1925 Sp. 463ff., 1926 Sp. 841ff. — Atlas der geschützten Pflanzen und Tiere Mitteleuropas, her. v. d. Staatl. Stelle f. Naturdenkmalpflege in Preußen, seit 1924. — v. Boxberger Vogelschutzgesetz 1909; Frhr. v. Welser Der Vogelschutz nach deutschem Reichsrecht 1910. — Bredt Die Heimatschutzgesetzgebung in den deutschen Bundesstaaten 1912; Heyer Denkmalpflege und Heimatschutz im deutschen Recht 1912; Reimers Handbuch f. d. Denkmalpflege[3] 1911; A. B. Schmidt Rechtspflege des deutschen Denkmalschutzes, Festg. f. Sohm 1914 S. 317ff.; derselbe in Nipperdey III S. 99ff.; Hensel Art. 150 der Weimarer Verfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht, ArchÖffR. N. F. 14 (1928) S. 321ff.; Lezius Recht d. Denkmalpflege in Preußen 1908; derselbe Art. „Denkmalpflege“ im WStVR. I; Guillaume Denkmalschutz und Denkmalpflege in Preußen, PrVerwBl. 47 (1926) S. 413ff., 425ff.; Clemen Betrachtungen über die Denkmalpflege in Preußen und den Gesetzentwurf der Preußischen Regierung, Anl. 1 zu Drucks. 6459 des Preuß. Landtags, 2. Wahlperiode; Frhr. v. Dungern Naturschutz und Naturpflege, PrVerwBl. 48 (1927) S. 317ff.; Dohn Heimat und Naturschutz, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 321ff., 354ff.; Eder (u. Eichner) Denkmalschutz und Polizei, „Die bay. Polizei“ 2 (1928) S. 171ff.; W. Schmidt Heimatschutz u. Denkmalpflege i. deutsch. u. bay. Recht, BayGemZ. 40 (1930) Sp. 25ff. u. Forts.; Witte Die Erhaltung der Kunst- u. Geschichtsdenkmäler, MecklZ. 42 (1926) S. 584ff.; Gieskerzeller Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz 1910. — Friedrichs Polizei und Kunst, „Die Polizei“ 23 (1926) S. 313ff., 483ff., 586ff.; Olshausen Das höhere Kunstinteresse bei Gesangsvorträgen, VerwArch. 12 (1904) S. 583ff.; Ella Drescher Höh. Interesse d. Kunst, Heidelb. Diss. (noch nicht ersch.).

Geiben Fundrecht u. Polizei, Stusev. 1926 S. 473ff. E. Jacobi (Arnsberg) Art. „Kollekten“ im WStVR. II; Wilhelm Pol. Aufsicht über öff. Sammlungen, „Die Verwaltungspraxis“ 4 (1930) S. 101ff. — Derselbe Aufgaben der Ortspolizeibehörden auf dem Gebiete der politischen Polizei, ebenda S. 153ff. — Kunze Das Waffenrecht im Deutschen Reiche[4] 1928; Friedrichs Art. „Waffenbesitz“ im HWBRW. VI 1929; Hoche Schußwaffengesetz[3] 1931; Schönner-Salewski desgl.[2] 1929; Weigand Das Gesetz über Schußwaffen usw. u. bes. Berücksichtigung d. bay. Verhältnisse, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 841ff., 893ff., 922ff.; Mattheck Deutsches Reichs- und sächs. Landeswaffenrecht 1928; A. Finger Bemerkungen zum G. ü. Schußw. u. Mun., GerS. 97 (1928) S. 31ff. Über Militärwaffen Rotermund LeipzZ. 1929 Sp. 312ff.

Krause Das deutsche Paßrecht 1925. — Art. „Freizügigkeit" von Kutzer im WStVR. I, Rehm u. O. Loening im HWBStW. IV[4], Stier-Somlo im HWBRW. II 1927; Ziegler Das bay. Aufenthaltsgesetz u. d. Freizügigkeitsgesetz[4] 1930; J. Mayer Bemerkungen zum Aufenthaltsgesetz und zum Freizügigkeitsgesetz, BayVerwBl. 76 (1928) S. 197ff.; Mühlhaus Zum Rechte der sicherheitspolizeilichen Aufenthaltsbeschränkungen, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 588ff.; Lausen Die Freizügigkeit i. D. Reiche u. ihre Grenzen, Kieler Diss. 1921; Fleischmann Art. „Ausweisung" im WStVR. I; Dyroff Ausweisungsfragen, BayGemZ. 31 (1921) Sp. 149ff. — Stoerk-E. Loening-O. Loening Art. „Fremdenpolizei" im HWBStW. IV[4]; Hartmann Art. „Meldewesen" im WStVR. II; Hausmann Handbuch betr. d. Melde-, Paß- u. Fremdenpolizei 1928. — Aufsätze über die Zigeunerfrage von Reich BayGemZ. 37 (1927) Sp. 1ff., Wachinger DRiZ. 19 (1927) S. 237ff. (wichtig), v. Schelhorn Stusev. 1927 S. 135f., 161ff.; Reich Das bayerische Zigeuner- und Arbeitsscheuengesetz 1927; Höhne Die Vereinbarkeit der deutschen Zigeunergesetze und -verordnungen mit dem Reichsrecht, insbes. d. Reichsverfassung, Heidelb. Diss. 1930. — Vgl. auch das bei § 8 angegebene Schrifttum zum Ausländerrecht.

Houben Polizei und Zensur (Die Polizei in Einzeldarstellungen Bd. 11) 1926. — v. Liszt Reichs-Preßrecht 1880; Klöppel Reichspreßrecht 1894; Mannheim Preßrecht 1927. Kommentare zum Preßgesetz von Kitzinger 1920, Born[3] 1924, Falck in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsges. II[21] 1928 S. 261ff., Häntzschel 1927. W. Jellinek Grenzen der Pressefreiheit, „Deutsche Presse" 20 (1930) S. 665ff. (Reformfragen). Über die Reform d. Presserechts ausführlicher Häntzschel in: Harms Recht u. Staat II 1929 S. 242ff., K. Meyer 1930. Becker Die zivil- und strafrechtlichen Ansprüche des Betroffenen gegenüber der Presse 1928. Bruns-Häntzschel Die Preßgesetze des Erdballs, bisher I—IX 1928—31; Pardey Das Recht der englischen Presse 1928. — H. Loening Der allgemeine Polizeibegriff und Art. 118 RV., Thür.-Rdsch. 4 (1926) S. 5f.; C. Schmitt Verfassungslehre 1928 S. 166ff.; Häntzschel Das Zensurverbot der RV. (u. § 56 GewO.), JW. 1930 S. 2113ff.; Hellwig in Nipperdey II S. 1ff. Über Beamtenrecht u. freie Meinungsäußerung die S. 354 angegebenen Schriften. — H.W. Harms Das deutsche Plakatrecht, Kieler Diss. 1930 (dazu Kerstiens „Die Polizei" 27, 1930, S. 244f.), mit umfassenden Nachweisungen; Wolff-Crisolli Recht der Reklame 1929 S. 171ff.; Wegner Auswüchse d. Reklame, BayGemZ. 40 (1930) Sp. 127ff.; Schmalz Gemeinde und Plakatanschlag, „Die Polizei" 27 (1930) S. 341f. — Stier-Somlo Art. „Schund- und Schmutzschriften" im HWBRW. V 1928; Kommentare zum G. z. Bewahrung d. Jugend vor Schund- u. Schmutzschriften von Matz u. Seeger, E. Conrad, B. Schulze, A. Hellwig, alle 1927, K. Richter[2] 1931; Aufsätze von Stois in BayGemZ. 38 (1928) Sp. 110ff., Leibig in BayVerwBl. 76 (1928) S. 193ff., Seeger im ArchUrhR. 1 (1928) S. 588ff., 592ff. Entscheidungen der Oberprüfstelle für Schund- und Schmutzschriften, mitgeteilt von W. Hoffmann JW. 1929 S. 459f., 1930 S. 1770ff. u. 3450f., 1931 S. 246 u. 968ff.

Romen Das Vereinsgesetz[4] 1916; Delius Deutsches Vereins- und Versammlungsrecht[5] 1912. — Über das heutige Vereins- und Versammlungsrecht von Jan Vereinsgesetz 1931, ferner Seegebarth Kieler Diss. 1921, Brecht in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 167ff., Rempe Münst. Diss. 1926, Vischer BayGemZ. 36 (1926) Sp. 449ff., 482ff., 509ff., 569ff., Jess MecklZ. 42 (1926) S. 277ff., Stier-Somlo im HWBRW. VI 1929 S. 373ff., A. Schmitt BayVerwBl. 77 (1929) S. 326ff., Schneidewin in Stengleins strafr. Nebengesetzen[5] II 1930 S. 859ff., Janisch „Die Polizei" 27 (1930) S. 547ff. — W. van Calker Der Begriff d. politischen Vereins, Z. f. Politik 3 (1910) S. 284ff.; L. Richter Vereinigungsfreiheit, VerwArch. 32 (1927) S. 1ff. — Wolzendorff Die allgemeinpolizeilichen Befugnisse gegenüber Versammlungen und Vereinen nach preußischem Rechte, VerwArch. 18 (1910) S. 261ff., 405ff. — W. Jellinek Grabreden auf kirchlichen Friedhöfen, Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 124ff. — Lammers Das (allgemeine) Verbot von Versammlungen unter freiem Himmel, Stusev. 11 (1930) S. 112ff. Über die Verbietbarkeit öff. Vorträge Schmid u. Nebinger WüRV. 23 (1930) S. 129ff., 177ff. — Brecht Aufzüge, Stusev. 1925 S. 913ff.; Delius Polizeiliche Befugnisse bei Auf- (Um-) zügen, Stusev. 1926 S. 205ff., ferner „Gesetz und Recht" 27 (1926) S. 196ff., PrVerwBl. 47 (1926) S. 577ff. u. „Die Polizei" 24 (1927) S. 194f. u. 255f.; von Jan Straßenpolizei und Reichsverfassung, Festschr. f. d. BayVGH. 1929. — Roscher Art. „Zusammenrottung (Aufruhr)" im WStVR. III; Brecht Ausnahmerecht, in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 246ff. Häntzschel-Schönner G. z. Schutze d. Republik (m. Nachtr.) 1930; Janisch Versammlungs- (Vereins-) polizeiliche Maßnahmen n. d. RepSchG., „Die Polizei" 27 (1930) S. 157ff., 245ff.

v. Rohrscheidt Vom Zunftzwange zur Gewerbefreiheit 1898; Rüffer Das gewerbliche Recht des ALR. 1903; Popp Die Entstehung der Gewerbefreiheit in Bayern 1928. — Kommentare zur GewO. von v. Landmann u. Rohmer[8] I 1928, II 1 1930, v. Rohrscheidt[2] 2 Bände 1912, Fr. Hoffmann[33] 1930 u. in v. Brauchitsch Pr. Verwaltungsgesetze V[21] 1928, Stier-Somlo[2] 1923, Steinbach[3] 1930, Stöhsel I[8] (m. Nachtr.) 1929, II 1926, Hiller u. Luppe[21] 1928, Conrad u. Floegel 1931. — Zeitschrift „Gewerbearchiv", her. von v. Rohrscheidt. — Erwin Jacobi Einführung in das Gewerbe- und Arbeitsrecht[5] 1926. — Nelken Das Gewerberecht in Preußen I 1906; derselbe Art. „Gewerbe" u. ff. im WStVR. II; Schecher Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches (auf der Grundlage von Max von Seydels Gewerbepolizeirecht) 1910;

Stier-Somlo Einige gewerberechtl. Grundfragen i. d. Rechtspr. d. (bay.) VGH., Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 167ff. — Kulisch System d. österr. Gewerberechtes I[2] 1912; v. Laun Das Recht zum Gewerbebetrieb 1908; Suchanek-Stadler-Meinold Die österr. Gewerbeordnung, 2 Bände 1927. — L. Richter Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit von Gärtnereibetrieben zum Gewerbe 1928; Dähnhardt Die Stellung des Gartenbaues im Wirtschaftsleben und im geltenden Recht 1928; Drews Unstimmigkeiten in § 6 der RGewO., RVerwBl. 49 (1928) S. 793ff.; Goetsch RGes. ü. d. Auswanderungswesen 1907; Zehnter-Brandstätter RGes. ü. d. privaten Versicherungsunternehmungen[2] 1920. — H. u. R. Isay Pr. Berggesetz, 2 Bände 1919/20; M. Reuss desgl.[4] 1926; systematische Darstellungen von Mueller-Erzbach 1917, Voelkel[2] 1924. v. Rauck Bay. Berggesetz[2] 1911; Nothhaas-Miesbach desgl. 1927. Wahle Die neue Berggesetzgebung in Sachsen 1919. — Giese u. Heyland Die gewerberechtliche Stellung der Selterswasserhäuschen 1928; Güngerich Die Rechtsverhältnisse der Trinkwasserhäuschen und sonstigen Verkaufsstände auf öffentlichen Straßen und Plätzen, HessZ. 52 (1928) S. 9f.; Fr. Hoffmann Der Gewerbebetrieb d. Rechtskonsulenten 1929; derselbe Der Geschäftsbetrieb der Versteigerer in Preußen[4] 1929; Nelken Das Bewachungsgewerbe 1927; Katschke-Schmid desgl. 1929.

Kröger Zulassungs- u. Ausübungsbeschränkungen im Gewerberecht, Heidelb. Diss. (noch nicht ersch.). — A. Hellwig Polizeiliche Maßnahmen gegen Hellseher und andere Wahrsager, „Die Polizei" 1926 S. 470ff.; derselbe Hellsehen als strafbare Gaukelei, GoltdArch. 71 (1927) S. 124ff.; darüber auch Simon WürttZ. 49 (1907) S. 244ff. — Rehm Die rechtl. Natur der Gewerbs-Konzession 1889; Lagenstein Die Gewerbepolizeierlaubnis 1912. — Lusensky Art. „Markt" im WStVR. II; Erwin Jacobi Die Rechtsgrundlagen der Leipziger Messe, FischersZ. 61 (1927) S. 320ff.; derselbe Die Verpflichtungen wegen Zeit und Dauer der Messen in den Zollvereinigungsverträgen usw., ebenda 62 (1928) S. 1ff.; R. Schmidt Das Leipziger Meßamt 1928; Kommentare zum Börsengesetz von Rehm, Trumpler u. a. 1909, Apt[5] 1909, Oscar Meyer[3] 1915. H. Göppert Art. „Börsenrecht" im HWBStW. II[4] 1924; derselbe Rechtl. Natur d. Zulassung zum Börsenbesuche 1931.

Borntraeger Pr. GebührenO. f. Ärzte u. Zahnärzte[13] 1929; Hardt desgl. 1930; Lüttig Kohlenwirtschaftsgesetz 1920; Moses desgl. 1920; R. Isay desgl. 1920; Cohn Die Rechtsgebilde des Kohlenwirtschaftsgesetzes 1926. Friedländer Kaliwirtschaft 1920; Görres Vorschriften zur Durchführung des Gesetzes über die Regelung der Kaliwirtschaft 1924; Musold Die Organisation der Kaliwirtschaft 1926. Zahnbrecher Das bay. Torfwirtschaftsgesetz. R. Beer Die juristische Natur der Kontingente (Beteiligungsziffern) 1927.

Die Herrschaft des allgemeinen Polizeirechts nach § 10 II 17 ALR., dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. März 1850 und den entsprechenden Gesetzen der übrigen Länder reicht nur soweit, als nicht besondere Gesetze etwas anderes bestimmen. Schon aus diesem Grunde ist ein Überblick über die wichtigeren Zweige der Polizei und deren gesetzliche Regelung angebracht. Darüber hinaus veranschaulicht eine solche Darstellung die Fülle von Lebenserscheinungen, in die unsere Polizei gestaltend eingreift. Gerade deshalb aber ist auch eine halbwegs anschauliche Einteilung der besonderen Betätigungsformen der Polizei geboten. Eine solche finden wir, wenn wir uns vor Augen halten, daß im Mittelpunkte des polizeilichen Denkens der Mensch steht. Die Polizei schützt den Menschen, sie schützt aber auch ihn und die Allgemeinheit vor dem Menschen. Ohne daß sich eine scharfe Grenze zwischen dem ersten und dem zweiten Zwecke ziehen ließe, kann man doch dem ersten Zwecke die Polizei des körperlichen Wohlbefindens, die Sittenpolizei und die Polizei der sonstigen geistigen Güter, dem zweiten die Polizei der überwachungsbedürftigen menschlichen Betätigungsformen zuweisen. Die letztgenannte Spielart der Polizei deckt sich vielfach mit dem Begriffe der Sicherheitspolizei im engeren Sinne, ohne ganz mit ihm zusammenzufallen, denn auch die Gewerbepolizei gehört dazu.

## I. Polizei des körperlichen Wohlbefindens.

**1. Gesundheitspolizei.** Für die Pflege der Volksgesundheit reichen gewöhnliche polizeiliche Maßnahmen vielfach nicht aus. Namentlich in der neuesten Zeit mehren sich die Bestrebungen, mit allen nur denkbaren Mitteln die Bevölkerung vor Erkrankung und sonstiger körperlicher Verkümmerung zu bewahren. Die Düsseldorfer Gesundheitsausstellung von 1926 war nur ein Wahrzeichen der in Deutschland lebendigen Bestrebungen auf diesem Gebiete. Hamburg hat ein besonderes

Gesetz über das Gesundheitswesen erlassen[1], Thüringen regelt vorbildlich die ärztliche Überwachung der Jugend durch eine Verordnung vom 19. März 1925, ein bremisches Gesetz vom 18. Juli 1924 dient der Errichtung einer Behörde für Leibesübungen und Jugendpflege, im kleinen Lande Lippe gibt es sogar ein Spielplatzgesetz vom 28. November 1922, das alle Gemeinden über 500 Einwohner zur Herstellung eines Spielplatzes von mindestens 65 m Breite und 100 m Länge nötigt und die Bildung von Spielplatzverbänden vorsieht. Das Reich zeigt sein Wohlwollen für die Vereine zur körperlichen Ertüchtigung des Volkes durch Leibesübungen wenigstens so, daß es deren Einnahmen in gewissem Umfange von der Umsatzsteuer befreit[2]. Daneben gibt es aber auch einen Bestand älterer und neuerer Gesetze überwiegend polizeilichen Inhalts.

a) Die wichtigsten Gesetze dieser Art sind die Seuchengesetze. Im Zusammenhange mit völkerrechtlichen Abmachungen hat das Reich am 30. Juni 1900 ein Gesetz über die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten erlassen. Das Gesetz trifft Bestimmungen nur über Lepra, Cholera, Fleckfieber, Gelbfieber, Pest und Pocken (§ 1), überläßt aber den Landesgesetzen ausdrücklich die Bekämpfung sonstiger ansteckender Krankheiten (§ 48). Vor allem verpflichtet es den zugezogenen Arzt, den Haushaltungsvorstand und andere genau bestimmte Personen zur Anzeige (§§ 2ff.). Bei der nun einsetzenden Ermittelungstätigkeit der Polizei sind die anzeigepflichtigen Personen zur Auskunftserteilung dem beamteten Arzte oder der Behörde gegenüber verpflichtet (§ 7). Als Schutzmaßregeln sieht das Gesetz die Unterwerfung kranker oder verdächtiger Personen unter eine Beobachtung vor, ferner Aufenthaltsbeschränkungen obdachloser und sonstiger Personen ohne festen Wohnsitz, Meldepflichten für neu Ankommende, Absonderung kranker und verdächtiger Personen, Kenntlichmachung der von einem Krankheitsfall betroffenen Häuser, Verbot menschenansammelnder Veranstaltungen, Fernhaltung Jugendlicher vom Unterricht, Trink- und Badeverbote, Räumung von Häusern, Desinfizierung verseuchter Räume, Vertilgung von Ratten, Mäusen und anderem Ungeziefer (§§ 11ff.). Besondere Vorschriften gelten für die Verhütung der Einschleppung der Seuchen aus dem Auslande (§§ 24f.) und die Ausführung wissenschaftlicher Arbeiten mit Krankheitserregern (§ 27). Obgleich sich die Schutzmaßregeln größtenteils gegen den Störer im polizeirechtlichen Sinne richten, ordnet das Gesetz in beschränktem Umfange Entschädigung aus öffentlichen Mitteln an (§ 28ff.). Entschädigungsberechtigt sind wegen entgangenen Arbeitsverdienstes allerdings nur der Invalidenversicherung unterliegende Personen und nur wegen Beschränkung in der Wahl des Aufenthalts oder der Arbeitsstätte oder wegen Absonderung. Dagegen gewährt das Gesetz grundsätzlich allen Personen Entschädigung für vernichtete Gegenstände oder solche, die durch Desinfektion gelitten haben. Von besonderer Wichtigkeit ist dann noch die Vorschrift, daß die Einrichtungen für die Versorgung mit Trink- und Wirtschaftswasser und für Fortschaffung der Abfallstoffe fortlaufend durch staatliche Beamte zu überwachen sind, und daß der Staat die Gemeinden zur Herstellung solcher Einrichtungen jederzeit anhalten kann, sofern es zum Schutze gegen übertragbare Krankheiten erforderlich ist (§ 35). Die dem Reichsminister des Innern bei Ausübung der Reichsaufsicht beistehende Behörde ist das Reichsgesundheitsamt. Daneben gibt es seit dem Gesetze vom 30. Juni 1900 einen Reichsgesundheitsrat, der, mit dem Reichsgesundheitsamt organisatorisch verbunden, diese Behörde unterstützt und den Landesbehörden auf Ansuchen Rat erteilt, sich auch sonst unmittelbar mit ihnen in Verbindung setzt (§ 43).

Eine Ergänzung des Reichsseuchengesetzes bildet das bedeutend ältere Impfgesetz vom 8. April 1874, das die bekannte zweimalige Schutzpockenimpfung

[1] G. v. 15. März 20. [2] VO. v. 15. Mai 26.

vorschreibt, die erste vor Ablauf des auf das Geburtsjahr folgenden Kalenderjahrs, die zweite innerhalb des Jahres, in dem der Schüler das zwölfte Lebensjahr vollendet. Zur Impfung befugt sind nur die amtlich angestellten Impfärzte und die approbierten Ärzte. Eltern, Pflegeeltern und Vormünder, deren Kinder und Pflegebefohlenen ohne gesetzlichen Grund und trotz amtlicher Aufforderung der Impfung oder der ihr folgenden Gestellung entzogen geblieben sind, werden bestraft, nötigenfalls mehrmals[1]. Daneben ist, ohne daß das Gesetz es ausdrücklich ausspricht, Zwangsimpfung zulässig[2]. Über den Rahmen der allgemeinen polizeilichen Ermächtigungen geht das Gesetz insofern hinaus, als eine Polizeiverordnung Impfzwang nur bei drohender Seuchengefahr, nicht ganz allgemein anordnen könnte.

Das neueste Seuchengesetz des Reichs ist das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927. Geschlechtskrankheiten sind Syphilis, Tripper, Schanker. Wer an einer solchen mit Ansteckungsgefahr verbundenen Krankheit leidet, muß sich von einem approbierten Arzte untersuchen und erforderlichenfalls behandeln lassen. Für Minderbemittelte haben die Länder unentgeltliche Behandlung bereitzustellen. Geschlechtskranke Personen, die verdächtig sind, die Geschlechtskrankheit weiterzuverbreiten, können, nötigenfalls im Wege persönlichen Zwangs, einem Heilverfahren unterworfen werden. Die Ausübung des Beischlafs durch Geschlechtskranke wird bestraft, ebenso die Eingehung der Ehe durch sie, falls sie dem andern Teile vor Eingehung der Ehe keine Mitteilung über die Krankheit machen. Nur approbierte Ärzte dürfen Geschlechtskrankheiten behandeln. Fernbehandlung und die öffentliche Ankündigung von Mitteln und Verfahren zur Heilung oder Linderung von Geschlechtskrankheiten sind verboten. Endlich trifft das Gesetz noch Bestimmungen über das Stillen der Säuglinge. Auch ändert es das bestehende Recht der Prostitution (unten S. 468f.).

Neben diesen drei Reichsgesetzen gibt es noch wichtige landesrechtliche Regelungen der Seuchenpolizei. In gewissem Umfange würden Polizeiverordnungen genügen. In Preußen gibt es zwei Gesetze seuchenpolizeilichen Inhalts. Das Gesetz betr. die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 28. Aug. 05/25. Febr. 27 enthält ähnliche Vorschriften wie das Reichsseuchengesetz für folgende Krankheiten: Diphtherie, Gehirnentzündung, Genickstarre, Kindbettfieber, Körnerkrankheit, Rückfallfieber, Ruhr, Scharlach, Typhus, Milzbrand, Rotz, Tollwut, Fleisch-, Fisch- und Wurstvergiftung, Trichinose. Die Vorschriften des Gesetzes über Lungen- und Kehlkopftuberkulose sind ersetzt durch das Gesetz zur Bekämpfung der Tuberkulose vom 4. August 1923. Danach ist jede ansteckende Erkrankung und jeder Todesfall an Lungen- und Kehlkopftuberkulose dem zuständigen beamteten Arzte mitzuteilen. Mitteilungspflichtig ist auch jeder Wohnungswechsel eines Kranken. Neben Fürsorgemaßnahmen sieht das Gesetz Desinfektionen und Vernichtung von Gegenständen vor.

b) Unter den sonstigen gesundheitspolizeilichen Maßnahmen steht der Kampf gegen Ungeziefer in nahem Zusammenhange mit der Seuchenpolizei. Braunschweig hat ein besonderes Gesetz zur Bekämpfung der Ungezieferplage am 30. Juni 1919 erlassen, das Meldepflichten, Zwangsentlausungen, Zwangssäuberungen vorsieht. Andere Länder begnügen sich mit Polizeiverordnungen über das Legen von Rattengift[3], die Ausräucherung der Mücken und ähnliches.

Auch die Leichenpolizei steht mit unter dem Zeichen der Seuchenbekämpfung, namentlich die Vorschriften über die Frist, innerhalb der eine Leiche bestattet werden muß. Dagegen soll die Einrichtung der Leichenschau[4], die in gewissen Ländern[5] nur approbierten Ärzten übertragen werden darf, die Bestattung Schein-

[1] OLG. Jena 13. Febr. 25, SächsThürArchR. 2 (1925) S. 303f.
[2] PrOVG. 18. Juni 12 u. 2. Nov. 15, Entsch. 61, 223ff. u. 70, 331ff.
[3] Bad. VO. v. 9. Jan. 25. [4] Vgl. z. B. bay. VO. v. 13. Aug. 20.
[5] Schaumb.-lipp. VO. 28. Jan. 25.

toter verhüten, auch verhindern, daß gewaltsam ums Leben Gekommene vor Feststellung der Todesursache begraben werden. Die Beförderung von Leichen auf den Eisenbahnen ist nur auf Grund eines Leichenpasses gestattet[1], der erst nach genauer Prüfung der Todesursache und der vorschriftsmäßigen Einsargung ausgestellt wird[2].

Für die Beseitigung von Tierkadavern trifft ein Reichsgesetz vom 17. Juni 1911 allgemeine Bestimmungen, ohne damit ältere besondere Bestimmungen des Reichsrechts aufzuheben. Die Länder haben in Ausführung des Gesetzes vielfach die Ablieferung der Kadaver an eine Kadaververnichtungsanstalt angeordnet. Die Abfuhr des Hausunrats ist ganz landesgesetzlich geregelt, meist durch Polizeiverordnungen auf Grund allgemeiner gesetzlicher Ermächtigung[3], in Hamburg auf Grund eines besonderen Gesetzes über die Müllabfuhr vom 21. Mai 1926.

Nur teilweise zur Gesundheitspolizei gehört die Irrenfürsorge, denn sie bezweckt neben Schutz und Heilung des Kranken auch Schutz der Allgemeinheit vor Angriffen und widerlichen Anblicken. Lange Zeit war vorbildlich die französische Regelung, die vor allem darauf sah, daß kein Gesunder fälschlicherweise als Geisteskranker behandelt und festgehalten wird[4]. Heute hat auch Deutschland ein mustergültiges Irrenfürsorgegesetz in Gestalt des badischen Gesetzes vom 25. Juni 1910 aufzuweisen. Andere Länder begnügen sich mit Verordnungen[5] oder Anstaltssatzungen. In Preußen entscheidet das OVG. nach ALR. § 10 II 17, §§ 341, 344 II 18 unter Würdigung des Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850[6]. Doch sind Bestrebungen zu einer Neuordnung des Irrenwesens auch hier im Gange[7].

**2. Unfallpolizei.** Die genaue Unterscheidung des Unfalls von der Krankheit, die für die Abgrenzung der Unfall- von der Krankenversicherung von solch großer Bedeutung ist, braucht uns hier nicht näher zu beschäftigen. Es genügt zu wissen, daß der Unfall ein plötzliches, von außen kommendes, den Körper schädigendes Ereignis ist.

a) Zur Unfallpolizei rechnet teilweise die Feuerpolizei. Ein umfassendes Gesetz zur Verhütung von Feuersgefahr vom 3. Mai 1872 hat Bremen. Es enthält Bestimmungen über die Lagerung feuergefährlicher Gegenstände, die Art des Lagerraums, die Beschaffenheit des in den Räumen zu verwendenden Lichts, Rauchverbote, Teerkochverbote u. dgl. In Mecklenburg-Schwerin gibt es ein besonderes Gesetz vom 6. Juli 1923 zur Verhütung von Wald- und Heidebränden, in Lippe ein Gesetz vom 31. März 1926 über Dacheindeckungen. Meist begnügt man sich aber mit Verordnungen; so über die Lagerung von Mineralölen, wie Petroleum, Benzin und Benzol, und Azetylen[8], oder über die Prüfung der Blitzableiter[9]. Der Verhütung von Feuersgefahr dient die regelmäßig wiederkehrende Feuerschau[10]. Besondere Vorschriften gelten seit berühmten Theaterbränden für Theater, Lichtspiele und sonstige Versammlungsräume: Genehmigungspflicht der Verwendung des Raumes zu den genannten Zwecken, Notbeleuchtung, Aufgehen der Türen nach außen, Rauchverbot, feuersicherer Vorhang, Stellung von Feuerwachen, freier Zutritt für Beamte der Feuerpolizei[11], bei Lichtspielen Prüfung der Lichtspielvorführer auch auf ihre Geeignetheit in feuerpolizeilicher Hinsicht[12]. Ist ein Brand einmal ausgebrochen, so erlangen die Vorschriften über das Feuer-

[1] EisenbVerkO. v. 16. Mai 28 § 43$^{IV}$.
[2] Beschl. d. Bundesrats v. 1. Dez. 87; vgl. pr. Cirk. v. 23. Sept. 88, MinBliV. 1888 S. 184; bad. VO. v. 1. Febr. 88.
[3] Vgl. oben S. 440.
[4] Loi sur les aliénés vom 30. Juni 1838.
[5] Z. B. lipp. VO. v. 6. Sept. 20.
[6] PrOVG. 13. Dez. 12, Entsch. 65, 247ff. (mit umfassenden geschichtlichen Erörterungen).
[7] Beyer im MinBl. „Volkswohlfahrt" 1924 S. 394ff.; Thode PrVerwBl. 46 (1925) S. 141f.
[8] Z. B. brem. VO. v. 24. Apr. 27.
[9] Lipp. VO. v. 1. Dez. 22.
[10] Bay. VO. v. 17. Juni 98; lüb. VO. v. 8. Jan. 27.
[11] Lipp. VO. v. 24. Aug. 23; bay. Verordnungen v. 20. Apr. 26 u. 29. Aug. 27; württ. VO. v. 14. Juli 28.
[12] Sächs. VO. v. 9. Aug. 22.

löschwesen Bedeutung. In Preußen gibt es nur ein Rahmengesetz wegen Zulässigkeit von Polizeiverordnungen über das Feuerlöschwesen, vom 21. Dezember 1904. Das neueste umfassende Gesetz über das Feuerlöschwesen ist das lippische vom 1. Mai 1924, das genaue Vorschriften über die Pflicht der Gemeinde zur Sorge für das Feuerlöschwesen, über die Bildung freiwilliger Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren und die Pflicht der Grundeigentümer enthält, das Betreten ihrer Grundstücke bei Bränden zu dulden.

b) Mit andern gefährlichen Naturkräften befassen sich die Bestimmungen über verflüssigte und verdichtete Gase[1], über Gasanlagen[2] und elektrische Hochspannungsleitungen[3]. Die Anlegung von Dampfkesseln ist teils von Reichs-[4], teils von Landeswegen geregelt; bemerkenswert ist, daß die Aufsicht über die Kessel vielfach Privatgesellschaften, den sog. „Revisionsvereinen", übertragen ist[5]. Über den Verkehr mit Sprengstoffen gibt es außer dem bekannten Reichsgesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884 eine Reihe landesrechtlicher Vorschriften, in Preußen in der Form von Verordnungen der zuständigen Minister[6]. Ein Reichsgesetz vom 19. Mai 1891 regelt die Prüfung der Läufe und Verschlüsse der Handfeuerwaffen. Gegen Hochwassergefahr suchen die nach den Wassergesetzen der Länder zu erlassenden Polizeiverordnungen zu schützen[7], gegen andere Wassergefahren z. B. die Verordnungen über das Auslaufen seeuntüchtiger Schiffe[8], gegen Erdgefahren die mannigfaltigen bergpolizeilichen Vorschriften[9]. Schutz vor gefährlichen Tieren gewährt z. B. eine thüringische Verordnung vom 24. September 1930 über das Führen der Bullen am Nasenring.

c) Zum guten Teile der Verhütung von Unfällen dient auch die Verkehrspolizei, vor allem die Polizei des Kraftwagen- und die des allgemeinen Straßenverkehrs. Das Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909/21. Juli 1923 verbietet die Inbetriebnahme von Kraftfahrzeugen vor deren behördlicher Zulassung zum Verkehr auf öffentlichen Wegen oder Plätzen und die Betätigung als Kraftwagenführer vor Erlangung der persönlichen Fahrerlaubnis. Erleichterte Vorschriften gelten für Kleinkrafträder. Eine in Ausführung des Gesetzes erlassene Verordnung über Kraftfahrverkehr vom 15. Juli 1930 regelt Einzelheiten des Verhaltens auf öffentlichen Wegen und Plätzen. Für den Luftverkehr gelten ähnliche Vorschriften nach §§ 3 und 4 des Luftverkehrsgesetzes vom 1. August 1922[10]. Auch Luftfahrzeuge dürfen nur in Betrieb genommen werden, wenn sie zugelassen sind, auch Luftfahrer bedürfen einer besonderen persönlichen Erlaubnis in Gestalt des Luftfahrerscheines. Die gewerbsmäßige Ausbildung zu Luftfahrern bedarf ebenfalls der Genehmigung (§ 6[I]). Das Gesetz enthält dann noch wichtige Bestimmungen über Flughäfen, Luftfahrtunternehmen und -veranstaltungen und die Landung. Für schiffahrtspolizeiliche Vorschriften bringen § 145 StGB. und §§ 11, 15 des Staatsvertrags betr. den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich[11] eine Reihe gesetzlicher Ermächtigungen.

Der allgemeine Straßenverkehr ist erst im Jahre 1926 einheitlich für ganz Deutschland geregelt worden, allerdings nicht durch Reichsgesetz oder Reichs-

---

[1] Meckl.-schw. G. v. 24. Jan. 23. [2] Hamb. VO. v. 30. Mai 25.

[3] Dem meckl.-schw. G. v. 2. Febr. 21, dem thür. NotG. v. 20. Dez. 23 und dem hess. G. v. 30. März 28 über diesen Gegenstand liegen allerdings wirtschaftliche Erwägungen zugrunde.

[4] GewO. § 24, Bundesratsbekanntmachungen v. 17. Dez. 08.

[5] Erl. d. pr. Handelsministers v. 12. März 00, HMBl. 1906 S. 177ff.

[6] Vgl. Denker Der Verkehr mit Sprengstoffen[12] 1930.

[7] Z. B. pr. Wassergesetz v. 7. Apr. 13 § 284. [8] Old. VO. v. 23. Apr. 25.

[9] Z. B. braunschw. VO. v. 10. Nov. 24.

[10] Hierzu VO. über Luftverkehr vom 19. Juli 30. Vgl. auch z. B. hamb. polizeiliche BetriebsO. f. d. Flughafen Hamburg-Fuhlsbüttel v. 24. Sept. 24.

[11] Vgl. Seewasserstraßenordnung v. 31. März 27, RGBl. II S. 157.

verordnung, sondern durch Vereinbarung der Länder untereinander, deren Inhalt der Reichsverkehrsminister unter dem 10. Juni 1926 dem Reichstag mitteilte[1]. Die Umänderung des Landesrechts vollzog sich großenteils noch im gleichen Jahre durch nahezu gleichlautende Polizeiverordnungen[2]. Sie enthalten Vorschriften über den Fuhrwerk-, den Radfahr-, den Reit-, den Fußgängerverkehr, das Treiben und Führen von Tieren und die Beseitigung von Verkehrshindernissen. Auch die bekannten Zeichen der Verkehrsschutzleute „Freie Fahrt“, „Achtung, Halten“ und „Halt“ und die in Großstädten gebräuchlichen Lichtzeichen finden hier ihre Erläuterung. Die früher übliche Bevorrechtung des Fußgängers hat aufgehört, dagegen gibt es nach wie vor Ausnahmevorschriften für Fuhrwerke der Feuerwehr, der Wehrmacht und der Polizei.

Zur Verkehrspolizei rechnen endlich noch die Bestimmungen über den Betrieb von Aufzügen: Höchstbelastung und Höchstgeschwindigkeit, Türverriegelung, Alarmeinrichtung, Prüfung der Führer, Genehmigung des Betriebs, Überwachung finden dort ihre genaue Regelung[3].

d) Im Zusammenhange mit der Verhütung von Unfällen steht auch die Polizei des Verkehrs mit Giften, Geheimmitteln und Arzneien.

Eine umfassende Reichsgiftordnung fehlt noch. Doch bildet einen vollwertigen Ersatz ein Bundesratsbeschluß vom 29. November 1894, auf Grund dessen die Länder, ähnlich wie bei der Straßenverkehrsordnung, annähernd gleichlautende Verordnungen über den Verkehr mit Gift erlassen haben[4]. Danach unterliegt der gewerbsmäßige Handel mit Gift einer Reihe von Sicherheitsvorschriften, so über die Aufbewahrung, die Bezeichnung der Vorratsgefäße, die Einrichtung von Giftkammern und Giftschränken für besonders gefährliche Gifte, die Abgabe von Giften, die Führung eines Giftbuches hierüber und ähnliches. Gift darf nur an solche Personen abgegeben werden, die als zuverlässig bekannt sind und das Gift zu einem erlaubten gewerblichen, wirtschaftlichen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Zwecke benutzen wollen; sonst bedarf es für den Käufer eines von der Ortspolizeibehörde auszustellenden Erlaubnisscheines. Gewisse Gifte darf der Händler nur gegen schriftliche Empfangsbescheinigung des Erwerbers, den sog. Giftschein, verabfolgen. Ob der Gifthandel selbst genehmigungspflichtig sein soll, läßt der Bundesratsbeschluß offen. Ermächtigt durch § $34^{III}$ GewO. haben aber die Länder von sich aus für den Handel mit gewissen Giften die Genehmigungspflichtigkeit eingeführt oder ältere Vorschriften dieses Inhalts aufrechterhalten. Außerdem gibt es eine Reihe von Reichssondergesetzen giftpolizeilichen Inhalts, deren Überschrift den Zweck hinreichend erkennen läßt: das Gesetz vom 25. Juni 1887 über den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen, eines vom 5. Juli 1887 über die Verwendung gesundheitsschädlicher Farben bei der Herstellung von Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Verbrauchsgegenständen, das vom 10. Dezember 1929 über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Opiumgesetz) und eine Revolutionsverordnung vom 29. Januar 1919 über die Schädlingsbekämpfung mit hochgiftigen Stoffen mit Ausführungsverordnungen vom 22. August 1927 und 25. März 1931.

Wie die Verordnung über den Verkehr mit Giften, so beruhen auch die landesrechtlichen Vorschriften über den Verkehr mit Geheimmitteln[5], d. h. Mitteln, die ohne Angabe ihrer Bestandteile oder des Mengenverhältnisses der Zubereitung angeboten werden, auf einem nur eine freiwillige Vereinbarung der Regierungen untereinander darstellenden Bundesratsbeschlusse, hier vom 23. Mai 1903. Die Ge-

[1] RTagsDrucks. III. Wahlper. Nr. 2357.

[2] Z. B. bay. oberpol. Vorschrift v. 8. Mai 26, württ. VO. v. 27. Juli 26.

[3] Z. B. sächs. VO. v. 25. Jan. 27.

[4] Z. B. sächs. VO. v. 6. Febr. 95. Die Landesnormen aufgeführt bei SONNENFELD Die reichsrechtl. Bestimmungen betr. d. Handel mit Drogen u. Giften[3] 1926 S. 236ff. Aus neuester Zeit thür. PolVO. v. 15. Dez. 28.

[5] Z. B. sächs. VO. 30. Nov. 03. Der Wortlaut auch bei SONNENFELD a. a. O. S. 392ff.

heimmittel werden in zwei Anlagen, A und B, aufgeführt. Für beide Arten gilt Zwang zur Benennung des Mittels, des Herstellers und beim Kleinhandel auch des Verkäufers und des Abgabepreises. Die in Anlage B und in zweifelhaften Fällen auch die in Anlage A aufgeführten Geheimmittel dürfen nur auf schriftliche, mit Datum und Unterschrift versehene ärztliche Anweisung verabfolgt werden.

Über die Arzneimittel enthält § 6$^{II}$ GewO. die Vorschrift, daß eine Kaiserliche Verordnung zu bestimmen habe, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind. Statt dessen hat die Kaiserliche Verordnung vom 22. Oktober 1901 das sog. Apothekerprivileg eingeführt[1]. Die in einem Verzeichnisse A aufgeführten Zubereitungen dürfen außerhalb der Apotheken nicht als Heilmittel, wohl aber zu anderen Zwecken, z. B. als Reinigungsmittel, die in einem Verzeichnisse B aufgeführten Zubereitungen dagegen außerhalb der Apotheken überhaupt nicht feilgehalten oder verkauft werden. Besondere Vorschriften regeln die Abgabe stark wirkender Arzneimittel[2].

**3. Bau- und Wohnungspolizei.** Obgleich im Baurecht der neuesten Zeit die Rücksicht auf Fragen der Schönheit immer mehr in den Vordergrund tritt, ist doch die Sorge für die Gesundheit der Bewohner und die Verhütung von Unglücksfällen beim Bauen und bei Benutzung des fertigen Baues auch heute noch Hauptgrund für den Erlaß von Bau- und Wohnungsordnungen.

Die Wichtigkeit des Bau- und Wohnungsrechts sollte erwarten lassen, daß die Länder den Gegenstand durch umfassende Gesetze geregelt haben. Die Erwartung trügt aber vielfach. Gerade in Preußen ist der größere Teil des Bau- und Wohnungsrechts in Verordnungen niedergelegt. Wohl gelten noch heute einige Vorschriften des ALR.[3], wohl gibt es ein preußisches Wohnungsgesetz vom 28. März 1918 mit einigen wichtigen, die polizeilichen Befugnisse erweiternden Bestimmungen; die Regelung von Einzelheiten aber findet man vor allem in ortspolizeilichen Vorschriften, deren Buntscheckigkeit nur dadurch gemildert wird, daß der preußische Staatskommissar für das Wohnungswesen einige Musterbauordnungen erlassen hat, die den ortspolizeilichen Vorschriften als Grundlage dienen[4]. Bayern, Baden und Thüringen haben das Baurecht wenigstens durch einheitliche Landesbauordnungen in Verordnungsform geregelt[5]. Dagegen hat Sachsen ein vorbildliches Allgemeines Baugesetz unter dem 1. Juli 1900 geschaffen. Auch Württemberg, Hessen, Hamburg, Braunschweig, Anhalt, Bremen und Lübeck besitzen umfassende Baugesetze[6], Hamburg außerdem ein besonderes Wohnungspflegegesetz vom 28. Juni 1926[7].

Verfolgt man das Bau- und Wohnungspolizeirecht vom Entschlusse des Eigentümers zu bauen bis zur Fertigstellung des Baues und von da über die Bewohnung des Gebäudes bis zum Abbruch, so sind folgende Betätigungen der Verwaltung üblich:

a) Für die Errichtung irgendwie erheblicher Bauten bedarf es der Baugenehmigung, eines entsprechend dem Grundsatze der Baufreiheit gebundenen Verwaltungsakts[8], der also ergehen muß, wenn das Bauvorhaben den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Durch diese Gebundenheit unterscheidet sie sich vom Baudispens, der eine ins freie Ermessen der Behörde gestellte Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften darstellt und für den es andere Zuständigkeits-

---

[1] Vgl. oben S. 441. [2] Bundesratsbeschluß v. 13. Mai 96, MinBliV. 1896 S. 123ff.

[3] BALTZ-FISCHER Pr. Baupolizeirecht[5] 1926 S. 79ff.

[4] Pr. Min. f. Volkswohlfahrt, Baupolizeirechtl. Vorschriften 1925.

[5] Bay. VO. v. 17. Febr. 01, bad. VO. v. 1. Sept. 07, thür. VO. v. 2. Sept. 30 (durch G. v. 14. Febr. 31 nachträglich zum Gesetz erhoben).

[6] Württ. G. v. 28. Juli 10, hess. G. v. 30. Apr. 81, hamb. G. v. 19. Juli 18, braunschw. G. v. 13. März 99, anh. G. v. 18. Okt. 16, brem. G. v. 1./21. Okt. 06, lüb. G. v. 19. Febr. 19.

[7] Neufassung des G. v. 12. Juli 22.

[8] Vgl. über ihn oben S. 256f. und die S. 449 genannten Schriften.

vorschriften gibt als für die Baugenehmigung[1]. Voraussetzung für die Erteilung der Baugenehmigung ist neben der technischen Unbedenklichkeit des Baues die rechtliche Bebaubarkeit des Grundstücks, die zwar nach § 65 I 8 ALR. die Regel bildet, aber einer Reihe wichtiger Einschränkungen unterliegt. So bedarf es für die Errichtung eines Wohnhauses außerhalb einer im Zusammenhange gebauten Ortschaft nach dem preußischen Gesetze über die Gründung neuer Ansiedlungen vom 10. August 1904 einer besonderen, unter vielen Gesichtspunkten versagbaren Ansiedlungsgenehmigung. Das Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875 sieht ortsstatutarische Bauverbote für Wohngebäude vor, die an einer noch nicht fertiggestellten Straße errichtet werden sollen (§ 12$^{\mathrm{I}}$)[2]; das Verbot, über die festgestellte Fluchtlinie zu bauen, tritt kraft Gesetzes ein (§ 11). Ein ganzes System von Baubeschränkungen durch Festsetzung gemeindlicher und zwischengemeindlicher Flächenaufteilungspläne kennt der preußische Entwurf eines Städtebaugesetzes[3], der namentlich den neuen Gedanken verwirklichen will, die künftige Großstadt nicht als zusammenhängendes Häusermeer, sondern als Verbindung kleinerer, durch Grünflächen getrennter, bald in offener, bald in geschlossener Bauweise bebauter Stadtviertel zu gestalten. Andere Baubeschränkungen finden sich im Wassergesetz (§§ 285ff.), im Feld- und Forstpolizeigesetz (§§ 43ff.) und sonstwo. Steht aber dem Bauvorhaben nichts im Wege, so erteilt die Ortspolizeibehörde die Baugenehmigung in Gestalt eines Bauscheins. Nach preußischem Recht[4] ergeht die Erteilung des Bauscheins „unbeschadet der Rechte Dritter", berechtigt also den Nachbarn nicht zur Anfechtung, während ihm nach Maßgabe des Nachbarrechts die Privatklage gegen den Baulustigen offensteht. An früherer Stelle wurde gezeigt, daß die Frage in Sachsen, Württemberg und Braunschweig anders geregelt ist (S. 202f.).

b) Die zweite Form der behördlichen Betätigung ist die Bauabnahme. Man unterscheidet die Rohbauabnahme und die Gebrauchsabnahme, für die je ein Rohbau- und ein Gebrauchsabnahmeschein erteilt wird. Während der Ausführung der Arbeiten hat der Bauunternehmer oder der Bauleiter die Vorkehrungen zu treffen, die zur Verhütung von Unglücksfällen geeignet sind. Vom Baubeginn bis zur Bauabnahme unterliegt der Bau der polizeilichen Überwachung.

c) Nach Fertigstellung eines Wohnhauses tritt die Wohnungsaufsicht in Tätigkeit. Sie liegt in Preußen[5] dem Gemeindevorstand, in größeren Gemeinden dem von der Gemeinde zu errichtenden Wohnungsamte ob und bringt empfindliche Einschränkungen des Hausfriedens mit sich. Welche sachlichen Anforderungen an eine Wohnung zu stellen sind, bestimmen in Preußen als Orts- oder Kreispolizeiverordnung erlassene Wohnungsordnungen[6]. Das hamburgische Wohnungspflegegesetz vom 28. Juni 1926 enthält Vorschriften z. B. über Größe der Wohnräume, Sauberhaltung der Treppen, Mindestzahl der Aborte und der Wasserhähne, Lüftung der Zimmer, Verwendung von Verkaufsräumen zu Wohnzwecken, Bereitstellung besonderer Lagerstätten bei Beherbergung familienfremder Personen.

Zu ungeahnter Berühmtheit gelangten die Wohnungsämter durch die Wohnungsmangelgesetzgebung, jetzt geregelt in dem nunmehr befristeten Wohnungsmangelgesetz des Reiches vom 26. Juli 1923. Trotz mancherlei Abbau der landesrechtlichen Ergänzungsvorschriften besteht die Befugnis des Wohnungsamts zur Einweisung von Zwangsmietern in leerstehende Wohnungen noch zu Recht, aller-

---

[1] Z. B. ZustG. § 145; dazu PrOVG. 25. März 15, Entsch. 70, 402ff.

[2] Hierüber oben S. 411ff. und die Schriften S. 402.

[3] Letzter Entwurf v. 17. Juli 29, Landtagsdrucks. Nr. 3015. Kleinere Länder sind rascher zum Ziele gekommen: thür. LandesbauO. v. 2. Sept. 30, hamb. Landesplanungsges. v. 1. Nov. 30 u. Bebauungsplanges. f. d. hamb. Landgebiet v. gl. Tage.

[4] EinheitsbauO. § 3$^{\mathrm{IV}}$, vgl. Baltz-Fischer a. a. O. S. 279.

[5] WohnungsG. v. 28. März 18 Art. 6 § 1.

[6] WohnungsG. Art. 5.

dings nur noch bis zum 31. März 1934[1]. Den von der Maßnahme Betroffenen ist in Preußen neben der Aufsichtsbeschwerde die Beschwerde an das Mieteinigungsamt und gegen dessen Entscheidung die Rechtsbeschwerde an das Landgericht gegeben[2]. Doch ist der Rechtsschutz nicht überall in Deutschland so rechtsstaatlich geordnet[3].

d) Der Abbruch bestehender Gebäude ist zum mindesten anzeigepflichtig. Darüber hinaus erklärt § 36 I 8 ALR. den Abbruch städtischer, an Straßen oder öffentliche Plätze stoßender Gebäude für erlaubnispflichtig, und § 60 dehnt die Vorschrift mit gewissen Vorbehalten auf ländliche Grundstücke aus. Auch das Reich hat eingegriffen. § 2 I des Wohnungsmangelgesetzes vom 26. Juli 1923 untersagt den Abbruch von Gebäuden oder Gebäudeteilen ohne vorherige Zustimmung der Gemeindebehörde.

**4. Polizei der Nutzgüter.** Die Nutzgüter, deren sich die Gesetzgebung vornehmlich annimmt, sind die Nutzpflanzen und die Nutztiere. Der Staat schützt sie teils vor natürlichen Gefahren, teils vor solchen, die vom Menschen drohen.

a) Die Maßregeln gegen Pflanzenschädlinge entbehren noch der Einheitlichkeit. Wo eine Plage gerade auftritt, wendet sich der Staat gegen sie. Eine Ausnahme bildet das Reichsgesetz vom 6. Juli 1904 über die Bekämpfung der Reblaus, das eine dauernde Überwachung der Rebpflanzungen anordnet. Eine Kriegsverordnung des Reichs vom 30. August 1917 sodann ermächtigt die Landeszentralbehörden, Vorschriften zur Bekämpfung von Krankheiten der zur menschlichen Ernährung oder zur Fütterung dienenden Pflanzen zu erlassen. Sei es auf Grund dieser, sei es auf Grund landesrechtlicher Ermächtigung[4] sind Verordnungen über die Vertilgung des Borkenkäfers, der Bisamratte, des Kartoffelkäfers und die Bekämpfung des Kartoffelkrebses ergangen[5]. Über die Nützlichkeit oder Schädlichkeit des Maulwurfs ist man geteilter Meinung; bald wird seine Tötung verboten[6], bald gestattet[7], angeordnet allerdings, soweit bekannt, nie. Gegen den durch größere Tiere drohenden Feldschaden wenden sich die Verordnungen über die Sperrzeit der Tauben und die Vertilgung von Kaninchen[8], sowie die Bestimmungen der Jagdgesetze[9] und des Reichs-Vogelschutzgesetzes vom 30. Mai 1908 (§ 5), wonach zum Schutze der Felder ausnahmsweise der Abschuß jagdbarer Tiere und geschützter Vögel gestattet ist, gestattet werden muß, gestattet werden kann.

b) Vor menschlichen Handlungen schützt der Staat Felder und Wälder durch Feld- und Forstpolizeigesetze. In Preußen gilt ein älteres Feld- und Forstpolizeigesetz in neuer Fassung vom 21. Januar 1926, das z. B. das unbefugte Viehtreiben, Weidenlassen, Abrupfen von Gras, Abpflücken von Laub, Abladen von Schutt, Gebrauchen fremder Ackergeräte, Betreten von Forstkulturen, Zerstören von Ameisenhaufen im Walde, Anzünden von Kohlenmeilern im Walde mit Strafe bedroht und die Stellung der Feld- und Forsthüter regelt. Außerdem bestehen wichtige Gesetze über den Schutz der Wälder vor unwirtschaftlicher oder gemeingefährlicher Abholzung. So gibt es ein preußisches Gesetz vom 6. Juli 1875 über Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften, das u. a. die Zerstörung solcher Waldungen verbietet, Feldfluren und Ortschaften vor den nachteiligen Einwirkungen der Winde bewahren oder das Abrutschen von Ufergrundstücken hindern will. Auch kann die Aufforstung unbewaldeter Grundstücke verlangt werden. Im Streitfalle entscheidet der Kreisausschuß als Waldschutzgericht. Ein anderes Gesetz, vom

---

[1] VO. d. RPräs. v. 1. Dez. 30 VII Kap. IV Art. 1.
[2] Pr. VO. v. 11. Sept. 23 § 2, VO. v. 15. Aug. 23 § 13.
[3] Vgl. Brandis Miet- und Wohnungsrecht in Reich und Ländern 1925.
[4] Vgl. z. B. pr. Feld- u. ForstPolG. v. 21. Jan. 26 § 30.
[5] Wald. PolVO. v. 20. Okt. 24, thür. PolVO. v. 11. Juni 26, bad. VO. v. 13. März 25, württ. VO. v. 23. Dez. 25. Vgl. auch meckl.-strel. G. v. 17. März 21 (Frühlingskreuzkraut).
[6] Bay. G. v. 24. Febr. 20.
[7] Bay. VO. v. 22. Dez. 26.
[8] Brem. VO. v. 11. März 26 u. v. 30. Okt. 24.
[9] Z. B. pr. JagdO. v. 15. Juli 07 §§ 61ff.

14. August 1876, trifft Bestimmungen über die Verwaltung der den Gemeinden und öffentlichen Anstalten gehörigen Holzungen. Die Verwaltung von Staatsforsten regeln Dienstvorschriften. Die in andern Ländern[1] vorkommende Zwangsbewirtschaftung eines Privatforstes ist in Preußen nur soweit zulässig, als Eigentümer eines Forstgrundstücks auch gegen ihren Willen zu Waldgenossenschaften vereinigt werden können[2]. Doch hat das Waldschutzgesetz (§ $1^{II}$) u. a. Vorschriften einer alten schleswig-holsteinischen Forst- und Jagdverordnung vom 2. Juli 1784 aufrechterhalten[3], die dem Eigentümer die freie tatsächliche Verfügung über die Bäume seines Forstes nehmen, wenn er sich eines „unregelmäßigen und ungebührlichen Holzhauens“ im Rückfalle schuldig macht (§ 131). Vom preußischen Gesetze vom 29. Juli 1922 zur Erhaltung des Baumbestandes und Erhaltung und Freigabe von Uferwegen im Interesse der Volksgesundheit war schon in anderem Zusammenhange die Rede (S. 410). Auch das Reich hat sich der Förderung der Forst- und Weidewirtschaft durch eine Verordnung vom 7. Februar 1924 angenommen. Sie ermächtigt die Landesgesetzgebung zu Anordnungen gegenüber dem Nutzungsberechtigten über den Kopf des Eigentümers hinweg und befreit so das Land von gewissen im Art. $153^{II}$ RV. liegenden Schranken.

c) Nutzgüterschutz bedeuten ferner die Vorschriften gegen Tierkrankheiten und die Verschlechterung der Rasse. Das Bundesgesetz vom 7. April 1869 über Maßregeln gegen die Rinderpest verpflichtet und ermächtigt die zuständigen Verwaltungsbehörden der Länder beim Auftreten der Rinderpest zur Ergreifung aller Maßregeln, die geeignet sind, die Einschleppung und die Weiterverbreitung der Seuche zu verhüten und die im Lande selbst ausgebrochene Seuche zu unterdrücken. Tötung auch gesunder Tiere, Vernichtung giftfangender Sachen, Enteignung von Grund und Boden für die zum Verscharren getöteter Tiere und giftfangender Dinge nötigen Gruben erwähnt das Gesetz ausdrücklich als zulässige Maßnahmen. Das Reich gewährt in weitem Umfange Entschädigung, selbst für gefallene Tiere, wenn der Besitzer rechtzeitig Anzeige erstattet hat, und geht so über das nach allgemeinem Polizeirecht zu Erwartende weit hinaus. Eine umfassende Ergänzung des Rinderpestgesetzes bildet dann das Viehseuchengesetz vom 26. Juni 1909. Hiernach sind Milzbrand, Rauschbrand, Wild- und Rinderseuche, Tollwut, Rotz, Maul- und Klauenseuche, Lungenseuche des Rindviehs, Pockenseuche der Schafe, Beschälseuche der Pferde, Bläschenausschlag der Pferde und des Rindviehs, Räude der Einhufer und der Schafe, Schweineseuche, Rotlauf der Schweine, Geflügelcholera und Hühnerpest, äußerlich erkennbare Tuberkulose des Rindviehs anzeigepflichtig (§ 10). Der Reichsminister des Innern kann die Liste ergänzen. Als ständige Schutzmaßregeln gegen Seuchengefahr nennt das Gesetz tierärztliche Untersuchung, Verbot des Viehtreibens, Beibringung von Ursprungs- und Gesundheitszeugnissen für Handelsvieh, Regelung der Einrichtung und des Betriebs von Molkereien, Bezeichnung der Hunde durch Halsbänder, Desinfektion der Viehwagen, Reinigung von Abwässern und Abfällen in Gerbereien u. dgl. (§ 17), als vorübergehende z. B. Absonderung der erkrankten, verdächtigen und seuchenempfänglichen Tiere, Stallsperre, Impfung der empfänglichen, Tötung der erkrankten oder verdächtigen Tiere, Beseitigung der Streu und des Düngers solcher Tiere, Desinfektion der Ställe, öffentliche Bekanntmachung des Ausbruchs der Seuche (§§ 19—30). Ähnlich wie das Rinderpestgesetz enthält auch dieses Gesetz Vorschriften über Entschädigung für Viehverluste (§§ 66ff.), nur mit dem Unterschied, daß nicht das Reich, sondern die Länder oder die von den Ländern zu benennenden Rechtsträger die Mittel hierfür aufzubringen haben.

[1] Bad. G. v. 27. Apr. 54, die Bewirtschaftung der Privatwaldungen betr. Vgl. als neuestes Waldschutzgesetz das von Meckl.-Str. v. 7. Apr. 27, ferner anh. VO. v. 10. Okt. 27 mit Bek. v. 5. Apr. 28, thür. VO. v. 17. Sept. 30.

[2] Waldschutzgesetz §§ 23ff.

[3] Vgl. KÄHLER Schlesw.-holst. Landesrecht[2] 1923 S. 390ff.

Neben diesen reichsrechtlichen gibt es auch einige landesrechtliche Vorschriften zur Bekämpfung von Tierkrankheiten. Namentlich gegen die Bienenseuchen schreiten die Länder in der letzten Zeit ein[1]. Der Erkrankung der Tiere durch Ernährung mit verdorbenen Futtermitteln will das Futtermittelgesetz des Reichs vom 22. Dezember 1926 vorbeugen.

Der Staat sorgt aber nicht nur für den Schutz der Tiere vor Erkrankungen, sondern wacht auch über eine der Allgemeinheit zugute kommende Art der Viehzucht. Preußen hat, seiner sonstigen Übung getreu, nur ein Rahmengesetz erlassen und auch dieses erst, als das OVG. eine auf Grund allgemeinen Polizeirechts ergangene Verordnung für ungültig erklärt hatte[2]. Dies preußische Gesetz vom 4. August 1922[3] ermächtigt die Oberpräsidenten und Regierungspräsidenten zum Erlasse von Polizeiverordnungen über die Körung[4] von Hengsten, Bullen, Schafböcken, Ziegenböcken und Ebern sowie zur Regelung des Pferde-Rennwesens. Andere Länder haben vollständige Tierzuchtgesetze[5] oder besondere Rinderzucht-[6], Pferdezucht- oder ähnliche Gesetze erlassen. Namentlich das oldenburgische Pferdezuchtgesetz vom 29. Mai 1923 bringt ein anschauliches Bild über die heute auf dem Gebiete der Pferdezucht herrschenden Bestrebungen[7].

d) Schutz vor menschlichen Handlungen gewähren einigen Nutztieren die Jagd- und Fischereigesetze der Länder.

In Preußen, mit Ausschluß der Provinz Hannover, der Hohenzollerischen Lande und der Insel Helgoland, gilt die Jagdordnung vom 15. Juli 1907. Sie bezieht sich nur auf die sog. jagdbaren Tiere, wie Elch-, Rot-, Dam-, Reh- und Schwarzwild, Hasen, Biber, Ottern, Dachse, Füchse, wilde Katzen, Edelmarder und eine Anzahl wilder Vögel. Das Jagdrecht steht jedem Eigentümer auf seinem Grund und Boden zu, doch darf er es nur auf Eigenjagdbezirken ausüben, d. h. in der Regel zusammenhängenden, land- oder forstwirtschaftlich benutzbaren Flächen von wenigstens 75 Hektar Größe[8]. Die Bildung eines Eigenjagdbezirks ist Sache des Eigentümers. Alle übrigen Grundflächen eines Gemeindebezirks, die im Zusammenhange wenigstens 75 Hektar umfassen, bilden den gemeinschaftlichen Jagdbezirk. Bildung mehrerer gemeinschaftlicher Jagdbezirke ist zulässig. Die Eigentümer der Grundstücke eines gemeinschaftlichen Jagdbezirkes sind kraft Gesetzes eine rechtsfähige Jagdgenossenschaft. Jagdvorsteher der Genossenschaft ist der Gemeindevorsteher, dem es namentlich obliegt, die Jagd zu verpachten und die Pachtgelder zu verteilen. Jagdaufsichtsbehörde ist in Landkreisen der Landrat, in Stadtkreisen der Regierungspräsident (§ 70). Auch beim Wildschadensersatz spielt das öffentliche Recht hinein, insofern für dessen Festsetzung die Ortspolizeibehörde und in den weiteren Rechtszügen die Verwaltungsgerichte zuständig sind (§§ 58f.). Polizeirechtlicher Art sind vor allem die Vorschriften über Jagdschein und Schonzeiten. Wer die Jagd ausübt, bedarf eines auf seinen Namen lautenden, vom Landrat, in den Stadtkreisen von der Ortspolizeibehörde auszustellenden Jagdscheins (§§ 29ff.). Gewissen Personen, z. B. der bürgerlichen Ehrenrechte Beraubten, sonstwie schwer Vorbestraften, unvorsichtigen Personen muß der Jagdschein, weniger schwer Vorbestraften kann er versagt werden. Das Gesetz enthält dann noch eingehende Schonvorschriften, verbietet z. B. das Aufstellen von Schlingen (§ 41). Wichtig aber sind namentlich die Schonzeiten, die das Gesetz selbst in 19 Nummern festsetzt (§ 39). Innerhalb der Schonzeit ist auch die Versendung von Wild nur beschränkt erlaubt (§§ 43ff.).

[1] Z. B. thür. PolVO. v. 13. Apr. 26; lüb. VO. v. 18. Mai 27. Vgl. auch Reichverordnungen v. 16. März u. 8. Apr. 29, 15. Mai 31.
[2] PrOVG. 6. Apr. 22, Entsch. 77, 327ff.; vgl. oben S. 434. [3] Dazu G. v. 15. März 27.
[4] Von „küren“ = auswählen; vgl. Grimms Wörterbuch V 1873 S. 1794f.
[5] Lipp. Tierzuchtges., Bek. v. 31. Mai 27. [6] Sächs. Rinderzuchtges. v. 10. Juli 25.
[7] Hierzu Rumpf in OldZ. 52 (1925) S. 13ff.
[8] Über Gesetzesumgehungen auf diesem Gebiete oben S. 152.

Ganz allgemein bedarf es zur Versendung von Wild der Beifügung eines Ursprungsscheins (§ 46).

Viele verwandte Züge mit dem Jagdrecht weist das Fischereirecht auf, in Preußen vereinheitlicht im Fischereigesetz vom 11. Mai 1916. Über die Fischereiberechtigten bestimmt § 6, daß in den Küstengewässern, an denen kein Eigentum besteht, jeder Deutsche freien Fischfang hat, und § 7, daß in den übrigen Küsten- und in den Binnengewässern das Fischereirecht dem Eigentümer zusteht. Wer, ohne Fischereiberechtigter oder Fischereipächter zu sein, den Fischfang ausüben will, muß einen Erlaubnisschein des Berechtigten oder Pächters bei sich führen (§ 98). Damit nicht zu verwechseln ist der Fischereischein (§§ 92ff.), der von der zuständigen Fischereibehörde auszustellen ist und das Gegenstück zum Jagdschein bildet. Ein besonderer Abschnitt regelt den Schutz der Fischerei (§§ 100ff.). So ist der Gebrauch schädlicher oder explodierender Stoffe beim Fischfang verboten, die Verunreinigung von Fischgewässern verbietbar, die Ableitung der Fischgewässer beschränkbar. Der Berechtigte oder der Pächter darf auch ohne Besitz eines Jagdscheins Fischottern und Reiher töten und für sich behalten. Die Schonzeiten der Fische nebst einer Reihe anderer Gegenstände sind Polizeiverordnungen vorbehalten, die der Landwirtschaftsminister, der Oberpräsident und der Regierungspräsident erlassen können (§§ 106, 124). Der Regierungspräsident kann auch bestimmte Gewässerstrecken zu Fischschonbezirken oder Laichschonbezirken erklären (§ 110). Zur Ermöglichung des Fischwechsels muß der Hersteller von Wehren, Schleusen u. dgl. auf seine Kosten Fischwege anlegen und unterhalten (§ 115). Die Aufsicht über die Fischerei in den Küstengewässern führen die Oberfischmeister, in den Binnengewässern in der Regel die Ortspolizeibehörden. Bei der Anfechtung polizeilicher Verfügungen gelten die Anordnungen der Oberfischmeister als kreispolizeiliche Verfügungen (§ 119).

e) Zur Polizei der Nutzgüter gehört endlich noch die Lebensmittelpolizei.

Ein Reichsgesetz vom 3. Juni 1900 regelt die Schlachtvieh- und Fleischbeschau. Rindvieh, Schweine, Schafe, Ziegen, Pferde und Hunde(!), deren Fleisch zum Genusse für Menschen verwendet werden soll, kraft einer Verordnung vom 10. Juli 1902 auch Esel, Maultiere und Maulesel, unterliegen vor und nach der Schlachtung einer amtlichen Untersuchung. Bei Notschlachtungen genügt die zweite Untersuchung, bei Hausschlachtungen können in unverdächtigen Fällen beide Untersuchungen unterbleiben. Zur Vornahme der Untersuchungen sind durch die Landesbehörden Beschaubezirke zu bilden und für jeden Bezirk ein sachverständiger Beschauer zu bestellen. Die Schlachtung bedarf der Genehmigung des Beschauers. Sein Urteil über das Fleisch nach der Schlachtung kann auf tauglich zum Genusse für Menschen, auf untauglich und auf bedingt tauglich lauten. Für die beiden letzten Fälle gibt es besondere Schlachtviehversicherungsgesetze der Länder[1]. Außer diesen Vorschriften enthält das Gesetz noch ein Einfuhrverbot für Fleischkonserven, Würste und sonstige Gemenge aus zerkleinertem Fleische (§ 12[1]) und eine Reihe von Einfuhrbeschränkungen.

Das Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen (Lebensmittelgesetz) vom 5. Juli 1927 hat neben gesundheitspolizeilichen Bestimmungen auch solche zum Gegenstand, die den Erwerber vor Täuschungen schützen sollen. Das ausgesprochen verwaltungsrechtlich Bedeutsame ist die den Polizeibeamten durch § 7 verliehene Befugnis, während der Arbeits- oder Geschäftszeit in die Räume einzutreten, in denen Lebensmittel gewerbsmäßig oder für Mitglieder von Genossenschaften oder ähnlichen Vereinigungen gewonnen, hergestellt, zubereitet, abgemessen, ausgewogen, verpackt, aufbewahrt, feilgehalten oder verkauft werden oder Bedarfsgegenstände zum Verkaufe vorrätig gehalten

[1] Z. B. sächs. Schlachtviehversicherungsges. v. 25. Juni 23.

oder feilgehalten werden, ferner ihre Befugnis, dort Besichtigungen vorzunehmen und gegen Empfangsbescheinigung Proben zu fordern oder zu entnehmen, das letzte gegen angemessene Entschädigung. Auch § 15 enthält eine wichtige verwaltungsrechtliche Bestimmung: unter gewissen Voraussetzungen kann der Strafrichter dem unzuverlässigen Gewerbetreibenden durch Urteil oder vorläufig durch Beschluß die Weiterführung des Betriebes ganz oder teilweise untersagen; frühestens drei Monate nach Rechtskraft des Urteils kann die zuständige Verwaltungsbehörde die Wiederaufnahme des Betriebs gestatten[1].

Neben dem allgemeinen gibt es noch eine Reihe von Sonder-Lebens- und Genußmittelgesetzen, so das Weingesetz vom 25. Juli 1930, das vor allem die Weinverfälschung verhüten will, das sog. Margarinegesetz vom 15. Juni 1897, jenes Gesetz, auf das der rote Streifen an den Verpackungen von Margarine zurückzuführen ist, das allerdings nicht sowohl polizeilichen, als vielmehr fiskalischen Beweggründen entsprungene Süßstoffgesetz vom 14. Juli 1926, das die Herstellung und die Einfuhr von Süßstoff von einer der Reichsregierung vorbehaltenen, mit Zustimmung des Reichsrats zu erteilenden Erlaubnis abhängig macht, endlich das in der Hauptsache erst am 1. Januar 1932 in Kraft tretende Milchgesetz vom 31. Juli 1930, aus dessen bedeutsamem Inhalt der Erlaubniszwang für den Betrieb eines Unternehmens zur Abgabe von Milch und die Vorschriften über Markenmilch hervorgehoben seien. Auch die Verordnungen vom 21. März 1930 über Honig und Kunsthonig und vom 10. Mai 1930 über Kaffee und Kaffee-Ersatz- und -Zusatzstoffe sowie das der Roggenstützung dienende Brotgesetz[2] sind erwähnenswert.

**5. Polizeiliche Regelung des Heilwesens.** Während die bisher genannten polizeilichen Betätigungen, soweit sie der Erhaltung der Gesundheit dienen, unter dem Sammelnamen der Sanitätspolizei zusammengefaßt zu werden pflegen, regelt die Medizinalpolizei das Heilwesen. Hierher gehört die ärztliche Tätigkeit, die Verabfolgung von Heilmitteln, der Betrieb von Heilanstalten und, in gewissem Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit, die Tätigkeit der Hebammen.

a) Die ärztliche Tätigkeit ist grundsätzlich frei und unverbietbar. Der Satz ist, allerdings mit Mühe, aus der GewO. herauszulesen. Nach § 6 I findet das Gesetz „auf die Ausübung der Heilkunde... nur insoweit Anwendung, als dasselbe ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält". Daraus würde an sich folgen, daß die Landesgesetzgebung freie Hand hat. § 29 I aber bestimmt:

„Einer ... Approbation, welche auf Grund eines Nachweises der Befähigung erteilt wird, bedürfen ... diejenigen Personen, welche sich als Ärzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Tierärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln bezeichnen oder seitens des Staates oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Funktionen betraut werden sollen."

Auch daraus könnte man allerdings schließen: wer die genannten Vorzüge genießen wolle, bedürfe der Approbation, im übrigen habe die Landesgesetzgebung freien Spielraum. Doch so ist die Bestimmung nicht gemeint, vielmehr will sie den approbierten Arzt nur in der Titelführung und der Anstellungsmöglichkeit begünstigen, im übrigen bedeutet sie Freigabe des Kurpfuschertums.

Die Begünstigung des approbierten Arztes liegt vor allem in seinem Rechte zur Titelführung. Die Rechtsprechung zur Strafvorschrift des § 147 3 liefert anschauliche Beispiele für die Abgrenzung der dem Kurpfuscher erlaubten Berufsbezeichnung vom arztähnlichen Titel[3]. Verboten ist z. B. die Führung des, obschon rechtmäßig erworbenen, Doktortitels, wenn nach den Umständen der Schein erweckt wird, der „Doktor" sei ein approbierter Arzt, gestattet z. B. der Titel „Zahntechniker". Außer dem Titelvorrecht hat der approbierte Arzt noch einiges andere vor dem Nichtapprobierten voraus. So ist nach § 56a vom Gewerbebetrieb

[1] Vgl. auch unten S. 494. [2] Bek. v. 10. Dez. 30.

[3] Vgl. z. B. v. LANDMANN-ROHMER GewO.[8] I 1 1928 S. 324ff.

im Umherziehen die Ausübung der Heilkunde ausgeschlossen, soweit der Ausübende für sie nicht approbiert ist. Impfen darf außer dem Impfarzt nur der approbierte Arzt[1]. Ärztliche Behandlung im Sinne der Reichsversicherungsordnung ist nur die durch approbierte Ärzte (§ 122). Auch die Behandlung von Geschlechtskrankheiten ist den approbierten Ärzten vorbehalten[2].

Alle diese Ausnahmen berühren nicht den vielbekämpften Grundsatz, daß auch der Nichtapprobierte die Heilkunde ausüben darf. Beim Erlaß der GewO. war man der Ansicht, das Publikum sei selbst imstande zu beurteilen, wem es sich im Falle der Erkrankung anvertrauen soll. Auch heute entschließt man sich nicht zum Verbot der Ausübung ärztlicher Praxis durch Nichtapprobierte, da das Verhältnis zwischen Arzt und Patient eine Vertrauenssache ist und das Volk zum Naturheilkundigen vielfach größeres Zutrauen hat als zum gelehrten Arzte. Die Rechtsprechung tritt daher, vom geltenden Gesetze aus mit Recht, allen Versuchen entgegen, dem Nichtapprobierten auf Umwegen das Handwerk zu legen. So darf die Abgabe von Gift an einen Zahntechniker nicht deshalb versagt werden, weil ihm die ärztliche Approbation fehle[3], auch darf die Polizei einem Masseur oder einem Zahntechniker das Gewerbe nicht wegen Unzuverlässigkeit verbieten[4]. Doch sind die Länder gegenüber dem Kurpfuschertum nicht völlig machtlos. Denn § 144 GewO. hält ausdrücklich die landesrechtlichen Vorschriften aufrecht, die „Zuwiderhandlungen der Gewerbetreibenden gegen ihre Berufspflichten" unter Strafe stellen. So kann z. B. ein Land bestimmen[5], daß sich der Nichtapprobierte vor Beginn seiner Tätigkeit beim beamteten Arzt melde; auch kann es irreführende und marktschreierische Reklamen oder die Fernbehandlung verbieten. Gesetzliche Vorschriften gibt es auch über die Berufspflichten der approbierten Ärzte[6]. Hiervon war schon im Zusammenhange mit der Darstellung des Rechtes der Ärztekammern und der damit verbundenen ärztlichen Ehrengerichte die Rede (S. 184).

b) Ganz anders gestellt als der Arzt ist der Apotheker. Auch er bedarf einer Approbation, aber nicht nur zur Führung des Titels, sondern zur Ausübung seines Berufes überhaupt (§ 29 I GewO.). Doch nützt ihm auch die Approbation nichts, wenn er kein Recht zum Betriebe einer Apotheke hat. Nach § 6 I GewO. findet die GewO. keine Anwendung auf die „Errichtung und Verlegung von Apotheken", also herrscht auf diesem Gebiete noch das Landesrecht mit seiner bunten Mannigfaltigkeit. In Altpreußen ist der Rechtszustand folgender[7]: Die ältesten Apotheken sind sog. privilegierte Apotheken; sie sind frei veräußerlich und vererblich, und der Erwerber braucht dem Regierungspräsidenten nur nachzuweisen, daß er die Approbation besitzt. Die von 1811 bis 1894 errichteten Apotheken sind sog. gewöhnliche Realapotheken; auch sie sind frei veräußerlich und vererblich, doch bedarf der Erwerber zur Ausübung des Berufs einer besonderen, allerdings gesetzlich gebundenen Erlaubnis. Die seit der Kabinettsordre vom 30. Juni 1894 errichteten Apotheken sind persönlich konzessionierte Apotheken; abgesehen von einer Vergünstigung für die Witwe und die Waisen des Apothekers steht ihre Wiederverleihung nach dem Ausscheiden eines Apothekers aus seinem Geschäft im freien Ermessen des Staates. Zuständig für die Konzession zur Anlegung neuer Apotheken ist nach § 11 4b der Instruktion vom 31. Dezember 1825 der Oberpräsident, der hierbei nach dem vorhandenen Bedürfnisse verfährt. Für die privilegierten und die sonstigen Realapotheken gibt es die Möglichkeit der Verlegung von einem Grundstück auf ein anderes.

---

1 Impfges. v. 8. Apr. 74 § 8. 2 GeschlKrG. v. 18. Febr. 27 § 2.

3 PrOVG. 8. März 15, Entsch. 68, 408ff.

4 PrOVG. 22. Febr. 17, Entsch. 72, 382ff.; PrOVG. 2. Apr. 25, JW. 1927 S. 309.

5 Z. B. sächs. VO. v. 14. Juli 03, abgedruckt in FischersZ. 27 (1904) S. 331f.

6 Vgl. aus neuerer Zeit hamb. ÄrzteO. v. 6. Apr. 27; brem. MedizinalO. v. 17. Dez. 27; meckl.-schw. ÄrzteO. v. 5. Juli 28.

7 Vgl. K. v. Gneist Apothekengesetze 1925 S. 316.

c) Einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis bedürfen ferner die Unternehmer von Privat-Kranken-[1], Privat-Entbindungs- und Privat-Irrenanstalten (§ $30^{I}$ GewO.). Die Erlaubnis darf nur aus ganz bestimmten, im Gesetze genau umschriebenen Gründen, wie Unzuverlässigkeit, baulichen und technischen Bedenken, erheblicher Störung der Mitbewohner und Nachbarn, versagt werden. Schon an früherer Stelle (S. 235) wurde aber gezeigt, daß sich der Zubehörgedanke auch im öffentlichen Rechte so kräftig durchsetzt, daß es keiner Genehmigung bedarf, wenn ein approbierter Chirurg als Zubehör zu seiner ärztlichen Tätigkeit in seinem Hause Betten für die operierten Patienten bereithält.

d) Über das Hebammenwesen bestimmt die GewO. nur, daß Hebammen eines Prüfungszeugnisses der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde bedürfen (§ $30^{III}$). Das preußische Gesetz über das Hebammenwesen vom 20. Juli 1922 verlangt darüber hinaus die Erteilung einer Niederlassungsgenehmigung durch Kreisausschuß oder Magistrat als Voraussetzung für die Zulässigkeit des Gewerbebetriebs einer Hebamme; der Niederlassungsgenehmigung soll die Annahme einer Hebamme als Bezirkshebamme gleichstehen (§ 4). Doch hat das OVG. in einer außerordentlich sorgfältig begründeten Entscheidung vom 7. Januar 1926 nachgewiesen, daß sich diese Erschwerung des Hebammenberufs mit der reichsrechtlich gewährten Gewerbefreiheit und Freizügigkeit nicht verträgt und daher ungültig ist[2]. Daraufhin hat die Reichsregierung einen Gesetzentwurf eingebracht, der die preußische Regelung zulässig machen sollte[3]; er wurde nicht verabschiedet.

## II. Sittenpolizei.

Da es Aufgabe der Polizei ist, für die öffentliche Ordnung zu sorgen, kann sie auch sittenpolizeiliche Anordnungen treffen. Sie kann z. B. das unbekleidete Baden, das Deckenlassen von Stuten, Kühen, Ziegen und Säuen vor den Augen der Kinder, das Herumlaufenlassen läufiger Hündinnen verbieten, auch wenn sie nicht dazu ausdrücklich ermächtigt wird wie durch §§ 74, 75 des badischen Polizeistrafgesetzbuchs. Besondere Bedeutung mit Rücksicht auf die wenigstens teilweise geschehene Regelung durch Reichsrecht hat aber die Bekämpfung der Trunksucht, des unehelichen Geschlechtsverkehrs, der Tierquälerei, des Glückspiels, sowie der Auswüchse der Vergnügungssucht und des Theater- und Lichtspielwesens.

**1. Bekämpfung der Trunksucht.** Ein allgemeines Alkoholverbot, wie in Amerika, ist in Deutschland nicht geplant und wird sich auch nie durchsetzen lassen. Der Winzeraufruhr vom Jahre 1926 wegen unerträglicher Besteuerung redet eine deutliche Sprache, von der völligen Unmöglichkeit, ein Alkoholverbot in Bayern einzuführen, ganz zu schweigen. Auch das Gemeindebestimmungsrecht[4], das man im Zusammenhange mit dem Schankstättengesetze im Reiche einführen wollte und das die Gemeinden ermächtigen sollte, durch Gemeindeentscheid eine völlige oder teilweise geltende „Trockenlegung" zu beschließen, ist nicht geltendes Recht und würde, um es zu werden, erhebliche Widerstände überwinden müssen.

Dagegen haben sich das Notgesetz des Reichs vom 24. Februar 1923 und das hierin an seine Stelle getretene Gaststättengesetz vom 28. April 1930 auf beschränkterem Gebiete der Trunksuchtbekämpfung angenommen. Wie schon nach § 33 GewO. bedarf, wer Gastwirtschaft, Schankwirtschaft oder Kleinhandel mit Branntwein betreiben will, der Erlaubnis. Die Erlaubnis darf jetzt nur noch

[1] Über deren Abgrenzung von Kurbadeanstalten OLG. Dresden 23. Jan. 24, SächsThür.-ArchR. 1 (1924) S. 177ff.

[2] Entsch. 80, 337ff. Trotzdem erging in bewußter Abkehr von der Rechtsauffassung des PrOVG. unter dem 13. Juli 28 ein dem preußischen nachgebildetes thüringisches Hebammengesetz, ebenso schon früher eine bayerische VO. vom 23. März 26. Das ThürOVG. hat das thür. G. für ungültig erklärt: 17. Juli 29, Jahrb. 13, 118ff.

[3] Entwurf v. 21. Dez. 26, RTDrucks. III. Wahlper. Nr. 2887.

[4] Vgl. Delius Das Gemeindebestimmungsrecht 1925.

erteilt werden, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen ist[1]; früher war das Erfordernis des Bedürfnisses nicht allgemein eingeführt. Im übrigen ist die Erlaubnis nur aus Gründen eines zu befürchtenden Mißbrauchs, den das Gesetz genau umschreibt, und aus Gründen, die in den Räumlichkeiten liegen, zu versagen. Die Bestimmungen gelten auch für Vereine und Gesellschaften, auch geschlossene, selbst wenn sie den Ausschank oder den Kleinhandel nicht gewerbsmäßig betreiben (§ 23 I). Allerdings muß ein Ausschank durch den Verein oder die Gesellschaft vorliegen, eine Voraussetzung, die z. B. nicht bei einer Studentenkneipe gegeben ist, wenn Bier aus einem auf gemeinsame Kosten für den Abend angeschafften Fasse ausgeschänkt wird. Die zuständige Behörde kann die Fortsetzung ungenehmigt eröffneter Betriebe „durch unmittelbaren oder mittelbaren Zwang" verhindern (§ 22 I), also, trotz krimineller Strafbarkeit, auch durch Zwangsstrafe[2]. Sie kann, wenn nach ihrer Ansicht die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Erlaubnis zurückgenommen werden muß, auch genehmigte Betriebe vorläufig schließen, vorbehaltlich der Entscheidung im Zurücknahmeverfahren, das in Preußen durch Klage vor dem Kreis- oder Stadtausschuß einzuleiten ist[3]. Auch die Bestimmungen über die Polizeistunde regelt das Gaststättengesetz neu (§§ 14, 23 II). Die äußerste Grenze ist jetzt, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen, für das ganze Reich auf 1 Uhr nachts festgesetzt. Im übrigen kehrt das Gesetz zum alten Brauche zurück, daß sich der Gast nur dann strafbar macht, wenn er trotz Aufforderung sitzen bleibt. Unter der Herrschaft des Notgesetzes bedurfte es der Aufforderung nicht. Auch die barbarische Strafe des Notgesetzes ist gemildert; Zuwiderhandlungen gegen die Polizeistunde sind, wie früher, nur noch Übertretungen (§ 26 6). Endlich beseitigt das Gesetz den Getränkezwang und enthält noch Vorschriften über die Verabfolgung geistiger Getränke an Jugendliche und Betrunkene. Personen unter 16 Jahren dürfen auch keine Tabakwaren zu eigenem Genuß in Abwesenheit des Erziehungsberechtigten überlassen werden (§ 16).

Das Gaststättengesetz hat die landesrechtlichen Vorschriften über Wirtshausverbote gegen Trunkenbolde beseitigt[4]. Dagegen berührt es nicht die Frage der Zulässigkeit von Raufboldlisten, wie sie erstmals wohl im Landkreise Minden i. W. eingeführt wurden[5]. Der in eine solche Liste Eingetragene darf während der Veranstaltung von Tanzlustbarkeiten die Räume, in denen getanzt wird, und alle andern zum Ausschank geistiger Getränke bestimmten Räume nicht betreten. Das OVG. hatte noch nicht Gelegenheit zu entscheiden, ob eine solche Maßnahme zu weit geht oder nicht. Über das Maß des Gestatteten hinaus geht sie schon deswegen, weil sie eine schwere Kränkung des Betroffenen, also eine Art Ehrenstrafe, darstellt. Dagegen ist zulässig die Verbringung Trunkener zur Wache, auch wo sie nicht ausdrücklich durch Gesetz, wie Art. 55 bay. PolStGB., vorgesehen ist.

**2. Bekämpfung des unehelichen Geschlechtsverkehrs.** Bis vor kurzem war die einzige gesetzliche Vorschrift über die Prostitution § 361 6 StGB., wonach eine Weibsperson, die wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt war, bestraft wurde, wenn sie den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelte oder wenn sie, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht trieb. Es galt also das sog. System der Reglementierung, das eine „verschämte Erlaubnis" in sich barg[6]. Das Reichs-

[1] Hierüber oben S. 33f. [2] Vgl. über diese Frage oben S. 337f.
[3] Pr. DurchfVO. v. 18. Juni 30 I 1a, II 1.
[4] So mit Recht PACZKOWSKI „Die Polizei" 27 (1930) S. 558f.
[5] Vgl. BLECKWENN PrVerwBl. 46 (1925) S. 505f. Das Beispiel hat angesteckt: VO. d. old. Staatsministeriums, betr. Einführung einer Raufboldliste, v. 7. Apr. 28 (GBl. S. 599). Das KG. ließ eine solche VO. unbeanstandet: 7. Juni 29, KGJ. Erg. 9, 381ff. Vgl. im gleichen Sinne ROEDENBECK GoltdArch. 74 (1930) S. 291ff.
[6] Vgl. FLEINER S. 406.

gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927 (oben S. 455) hat mit dieser seit Inkrafttreten des StGB. in Geltung gewesenen Regelung durch Änderung des § 361[6] und durch Einfügung eines § 361[6a] gebrochen (§ 16 III, IV). Die Prostitution ist damit freigegeben. Nur in Gemeinden mit weniger als fünfzehntausend Einwohnern kann die oberste Landesbehörde zum Schutze der Jugend oder des öffentlichen Anstandes die gewohnheits- und gewerbsmäßige Prostitution verbieten. Sonst ist die Prostitution nur in der Nähe von Kirchen, Schulen oder anderen zum Besuche durch Kinder oder Jugendliche bestimmten Örtlichkeiten oder in einer Wohnung verboten, in der Kinder oder jugendliche Personen zwischen drei und achtzehn Jahren wohnen. Im übrigen wird nur bestraft, wer, gleichgültig ob Mann oder Frau, öffentlich in einer Sitte oder Anstand verletzenden oder andere belästigenden Weise zur Unzucht auffordert oder sich dazu anbietet. Wohnungsbeschränkungen auf bestimmte Straßen oder Häuserblocks zum Zwecke der Ausübung der gewerbsmäßigen Unzucht (Kasernierungen) sind verboten (§ 17). Auch der vielumstrittene Kuppeleiparagraph des StGB. ist jetzt dahin erläutert, daß als Kuppelei insbesondere auch die Unterhaltung eines Bordells oder eines bordellartigen Betriebes gilt, daß aber die Gewährung von Wohnung an eine über achtzehn Jahre alte Person nur dann als Kuppelei strafbar ist, wenn damit ein Ausbeuten der Unzucht treibenden Person, der die Wohnung gewährt ist, oder ein Anwerben oder ein Anhalten dieser Person zur Unzucht verbunden ist (§ 16 I).

Landesgesetzlich geregelt sind die Befugnisse der Polizei gegenüber wilden Ehen. In Preußen muß, wie gewöhnlich, § 10 II 17 ALR. herhalten, der zum polizeilichen Einschreiten nur ermächtigt, wenn die öffentliche Ordnung gestört ist[1]. In Baden z. B. stellt das PolStGB. im § 72 das Zusammenleben in außerehelicher Geschlechtsverbindung unter Strafe und ordnet die Trennung der beiden Beteiligten an[2].

Hierher gehört auch § 17[II] des Gaststättengesetzes vom 28. April 1930, der, wie schon sein Vorläufer, das Reichsgesetz vom 15. Januar 1920, die Landesbehörden anweist, über die Zulassung, das Verhalten und die Art der Entlohnung weiblicher Arbeitnehmer in Gast- oder Schankwirtschaften Bestimmungen zu erlassen. In Preußen z. B. gilt Anzeigezwang, für die Beschäftigung unter achtzehn Jahre alter weiblicher Arbeitnehmer Genehmigungszwang. Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Beschäftigung zu untersagen. Den Arbeitnehmern ist ein fester und auskömmlicher Barlohn zu gewähren. Der Hinweis auf weibliche Bedienung in öffentlichen Ankündigungen oder Zeichen an den Wirtshäusern ist verboten[3].

**3. Bekämpfung der Tierquälerei.** Das Reichsrecht hat die Tierquälerei nur in ihrer schlimmsten Form mit Strafe bedroht, denn § 360[13] StGB. hat nur den im Auge, der öffentlich oder in Ärgernis erregender Weise Tiere boshaft quält oder roh mißhandelt. Damit hat sich das Reichsrecht des Gegenstandes nicht bemächtigt. Landesgesetze oder Polizeiverordnungen[4] über bestimmte Arten der Tierquälerei sind daher zulässig. So kann die Benutzung gemeinsamer Stirnjoche für Doppelgespanne von Rindern verboten werden. Dagegen ist die Vivisektion zu wissenschaftlichen Zwecken nicht verbietbar, da die billigenswerte Wichtigkeit des Versuchs ihr den Makel des nach gesellschaftlicher Anschauung Ordnungswidrigen nimmt. Zweifelhafter ist die ähnlich gelagerte Frage nach der Zulässigkeit des Schächtens. Mitgefühl für das Tier verlangt dessen Betäubung beim Schlachten, der jüdische Ritus verlangt den Schächtschnitt am unbetäubten Tiere. RV. Art. 135 steht einem Schächtverbot nicht im Wege, da die ungestörte Religionsübung nur innerhalb der allgemeinen Staatsgesetze gewährleistet ist. Ein Landesgesetz kann also das

---

[1] PrOVG. 11. März 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 358; vgl. auch SächsOVG. 16. März 04, Jahrb. 5, 203ff.

[2] Dazu BadVGH. 28. Sept. 15, BadVerwZ. 1916 S. 57f.

[3] DurchfVO. v. 18. Juni 30 III.

[4] Zu engherzig das KG., z. B. 22. Mai 28, KGJ. Erg. 8, 465ff.

Schächten verbieten[1]. Ob es eine Polizeiverordnung kann, hängt davon ab, ob nach gesellschaftlicher Anschauung die Achtung vor dem religiösen Ritus der Juden die Kraft hat, dem nun einmal tatsächlich, gleichgültig, ob nach den Ergebnissen der Wissenschaft mit Recht, besonders abstoßend wirkenden und daher als eine Ordnungswidrigkeit empfundenen Schächten diese Eigenschaft zu nehmen oder nicht. Die Frage ist wohl in den meisten Teilen Deutschlands im letzten Sinne zu entscheiden.

**4. Bekämpfung des Glückspiels.** Die gefährlichste Form des Glückspiels ist das Halten einer Spielbank nach Art der Bank von Monte-Carlo. Ein Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 1. Juli 1868 verbietet, jetzt für ganz Deutschland, die Genehmigung oder Duldung neuer Spielbanken und hat die bestehenden zum 31. Dezember 1872 aufgehoben.

Die Vorschriften des StGB. über Glückspiele haben ihre heutige Fassung durch ein Reichsgesetz vom 23. Dezember 1919 erhalten. § 284 StGB. bedroht jetzt den mit Strafe, der ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glückspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt. Glückspiele in Vereinen oder geschlossenen Gesellschaften, in denen Glückspiele gewohnheitsmäßig veranstaltet werden, fallen unter die gleiche Vorschrift. Nach der Ausführungsverordnung der Reichsregierung vom 27. Juli 1920 darf die Erlaubnis nur für Jahrmärkte, Schützenfeste u. dgl. und nur unter der Bedingung erteilt werden, daß der Spieleinsatz nicht mehr als eine Mark[2] beträgt und dem Spielunternehmer kein höherer Verdienst als 10 vom Hundert der Spieleinsätze zufließt. Für den Besitzer einer Jahrmarktsbude ist es daher wichtig zu wissen, ob seine Veranstaltung ein Glück- oder ein Geschicklichkeitspiel ist. Mit Recht nimmt die Rechtsprechung bei Beantwortung der Frage Rücksicht auf die Art des Publikums. Ein Spiel, das für den Wissenden ein Geschicklichkeitspiel ist, kann doch für die Allgemeinheit, die den „Trick" nicht kennt, ein Glückspiel sein. Auch die außerordentliche Schwierigkeit kann ein Geschicklichkeitspiel, z. B. das Werfen mit kleinen Ringen, zum Glückspiel machen[3].

Das Verbot der Veranstaltung öffentlicher Lotterien und der Ausspielung beweglicher oder unbeweglicher Sachen ohne obrigkeitliche Erlaubnis nach § 286 StGB.[4] soll die Allgemeinheit insbesondere vor Übervorteilungen schützen. Dem gleichen Zwecke dient das preußische Gesetz vom 19. Juli 1911 über die Losgesellschaften, die Veräußerung von Inhaberpapieren mit Prämien und den Handel mit Lotterielosen. Auch das Verbot des Spielens in außer dem Lande befindlichen Lotterien, z. B. nach dem preußischen Gesetze vom 29. August 1904, ist nicht sittenpolizeilicher, als vielmehr fiskalischer Natur. Preußen hat es verstanden, seine Staatslotterie durch Staatsverträge unter der Bezeichnung „Preußisch-Süddeutsche Klassenlotterie" auf fast ganz Deutschland auszudehnen[5]. Das Rennwett- und Lotteriegesetz das Reichs vom 8. April 1922 ist für die Lotterien ein reines Steuergesetz. Für die Rennwetten ist es außerdem ein Polizeigesetz, sofern es das Unternehmen eines Totalisators und die Tätigkeit als Buchmacher von einer staatlichen Erlaubnis abhängig macht, auch den Betrieb — Ausstellung eines Wettscheins, Eintragung in ein Wettbuch — näher regelt. Daneben gibt es Landesgesetze, die Pferderennen selbst genehmigungspflichtig machen[6].

**5. Polizei der Vergnügungen.** Von der gesetzlichen Regelung der Tanzvergnügungen war schon im Zusammenhange mit der Feiertagsheiligung die Rede

[1] So bay. G. v. 17. Mai 30.
[2] 1 ℳ = 1 RM: Delius „Die Polizeipraxis" 1928 S. 185f.
[3] Vgl. zu dieser Frage PrOVG. 5. Febr. 12, Entsch. 61, 350ff.; RG. 18. Dez. 22, JW. 1923 S. 125f.; pr. Min. d. I. 14. März 27 u. 9. März 28, MinBliV. 1927 Sp. 309f. u. 1928 Sp. 255ff.
[4] Vgl. hierzu pr. Min. d. I. 1. Sept. 27/26. März 28, MinBliV. 1927 Sp. 911f./1928 Sp. 353.
[5] Vgl. Staatsvertrag v. 29. Juli 11 (GS. 1912 S. 117ff.) und die im Hauptregister zur GS. von 1884—1913 S. 552 verzeichneten älteren Verträge.
[6] Brem. VO. v. 26. Apr. 21.

(S. 221). § 33c der GewO. behält die Abhaltung der Tanzlustbarkeiten ausdrücklich näherer landesrechtlicher Bestimmung vor, allerdings nur jene, nicht auch die Erteilung von Tanzunterricht, die § $35^{I}$ GewO. abschließend regelt[1]. Wo Gesetze fehlen, genügen auf Grund des allgemeinen Polizeirechts erlassene Polizeiverordnungen, deren Gültigkeit dann allerdings vom Hineinspielen eines hinreichenden „polizeilichen“ Interesses abhängt[2].

Ganz allgemein gegen den Auswuchs von Vergnügungen richtet sich der vom Gaststättengesetz unberührt gebliebene Art. II des Notgesetzes des Reichs vom 24. Februar 1923. Hiernach kann die oberste Landesbehörde in Zeiten einer außerordentlichen politischen oder wirtschaftlichen Not oder Gefahr Vorschriften über Einschränkungen von Vergnügungen erlassen (§ 1). Der preußische Minister des Innern hat durch Verordnung vom 14. April 1923 (GS. 122) den Begriff „Vergnügungen“ dahin erläutert, daß darunter alle öffentlichen oder nach außen wahrnehmbaren privaten Veranstaltungen fallen, welche die Schaulust oder das Bedürfnis nach leichter Unterhaltung oder Zerstreuung befriedigen oder dem Sinnenreize dienen; ausgenommen sollen aber solche Veranstaltungen sein, bei denen ein erkennbares Interesse ernster Kunst, der Volksbildung oder der Wissenschaft überwiegt. Beginn und Dauer der Voraussetzung einer außerordentlichen Not oder Gefahr bestimmt der Minister des Innern, die Anordnungen selbst erläßt die Ortspolizeibehörde.

Den vielumstrittenen Entwurf eines Reichsgesetzes über den Schutz der Jugend bei Lustbarkeiten[3] hat der Reichstag noch nicht verabschiedet. Bis auf weiteres bewendet es daher bei landesrechtlichen Vorschriften. So verbietet eine thüringische Polizeiverordnung zum Schutze der Jugend vom 30. November 1928 Jugendlichen unter siebenzehn Jahren den Zutritt zu öffentlichen Tänzen, den Besuch von Singspielhallen und Weindielen, von hypnotischen und spiritistischen Vorstellungen, das zwecklose Umhertreiben auf Straßen und Plätzen nach 10 Uhr abends. Bei Anwesenheit von Aufsichtspersonen gelten gewisse Milderungen. Zuwiderhandlungen werden an allen Beteiligten geahndet, auch dem Jugendlichen selbst.

Von den Tingeltangeln und den Straßenbelustigungen wird zweckmäßig in anderm Zusammenhange gesprochen (unter III 3).

**6. Fortsetzung. Theater- und Lichtspielpolizei.** a) Das Theater ist polizeilicher Regelung in doppelter Weise zugänglich: bei der Zulassung des Unternehmens und bei der einzelnen Aufführung.

Nach § 32 GewO. bedürfen Schauspielunternehmer zum Betriebe ihres Gewerbes der Erlaubnis. Vor allem muß also ein Gewerbe vorliegen. Staatliche und städtische Theater, die meist Zuschußunternehmungen, jedenfalls nicht auf Gewinnerzielung gerichtet sind, bedürfen also der Genehmigung sowenig wie Liebhabervereine[4]. Die Erlaubnis gilt heute, anders als früher, nur für ein bestimmtes Unternehmen. Bei Mittellosigkeit und Unzuverlässigkeit ist die Erlaubnis zu versagen. Bedenken geldlicher Art läßt die Behörde üblicherweise durch Stellung einer sog. Theaterkaution beschwichtigen. Eine noch immer geltende[5] Kriegsverordnung vom 3. August 1917 verlangt außerdem den Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses. Schauspiel aber ist das, was wir aus der Zeit unserer Klassiker her als Schauspiel zu bezeichnen pflegen: eine von Schauspielern durch Rede, Gesang oder Gebärde vor den Augen einer Zuhörerschaft dargestellte Begebenheit. Filmvorstellungen[6] und Rundfunkdarbietungen fallen daher nicht darunter.

---

[1] PrOVG. 26. Febr. 25, Entsch. 79, 335ff. [2] Vgl. RG. I 2. Febr. 22, RGSt. 56, 371ff.
[3] Zuletzt Antrag MUMM u. Gen., RTDrucks. V. Wahlper. Nr. 236.
[4] OLG. Darmstadt 4. Okt. 29, HessZ. 53 (1929) S. 123.
[5] BayVGH. 1. Mai 25, Samml. 46, 8ff.; PrOVG. 5. Juni 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 11.
[6] Anders der sog. Film-Sketch: KG. 25. Nov. 24, JW. 1925 S. 659f., mit Anm. von OPET.

Für die einzelne Vorstellung gilt seit dem Aufruf des Rates der Volksbeauftragten vom 12. November 1918 (Abs. 1 Ziff. 3) in ganz Deutschland Freiheit von der Vorzensur. Auch RV. Art. $118^{II}$, wonach eine „Zensur“ nicht stattfindet, bezieht sich nur auf die Vorzensur. Im Gegensatze zur Zeit vor dem 12. November 1918 braucht also ein Stück vor seiner Uraufführung nicht bei der Polizeibehörde eingereicht zu werden. Wenn es trotzdem vielfach in zweifelhaften Fällen freiwillig geschieht, so hat dies seinen Grund in der leicht übersehenen Tatsache, daß die Aufhebung der Zensur nicht gleichbedeutend ist mit einem Verbote jeglicher polizeilichen Einwirkung. Ergibt die Aufführung Unsittlichkeit oder Staatsgefährlichkeit des Stückes[1], so kann die Polizei für künftige Aufführungen Streichung der zu beanstandenden Stellen verlangen oder, wenn das nicht möglich ist, künftige Aufführungen, gegebenfalls für eine bestimmte Zeit, verbieten. Der Schauspielunternehmer hat daher allen Grund, das mutmaßliche Verhalten der Polizei vor den teueren Vorbereitungen zur Erstaufführung kennen zu lernen. Steht aber dem nachträglichen Einschreiten der Polizei nichts im Wege, so müssen ihr nach dem bekannten Schlusse vom Zweck aufs Mittel auch die Mittel gestattet sein, ohne die sie nicht in der Lage ist, ihre Aufgabe zu erfüllen. Sie hat daher Anspruch auf Einräumung eines angemessenen Theaterplatzes für den Überwachungsbeamten. Mehr als einen Platz kann sie nach einer Entscheidung des OVG. allerdings nicht verlangen, jedenfalls nicht eine ganze Loge[2].

b) Bei Lichtspielen liegen die Verhältnisse gerade entgegengesetzt zum Theaterrecht. Der Lichtspielunternehmer bedarf keiner gewerbepolizeilichen Erlaubnis zur Eröffnung seines Betriebes, wohl aber gestattet RV. Art. $118^{II}$ die Einführung der Lichtspielvorzensur durch Gesetz, eine Einladung, der das Reich durch Erlaß des Lichtspielgesetzes vom 12. Mai 1920 nachgekommen ist. Bildstreifen dürfen öffentlich, in Klubs, Vereinen und anderen geschlossenen Gesellschaften nur dann vorgeführt oder zum Zwecke solcher Vorführung in den Verkehr gebracht werden, wenn sie von den amtlichen Prüfungsstellen zugelassen sind. Die Zulassung ist zu versagen, wenn die Prüfung ergibt, daß die Vorführung des Bildstreifens geeignet ist, die öffentliche Ordnung oder Sicherheit zu gefährden, das religiöse Empfinden zu verletzen, verrohend oder entsittlichend zu wirken, das deutsche Ansehen oder die Beziehungen Deutschlands zu auswärtigen Staaten zu gefährden (§ 1). Weitergehende Versagungsgründe gibt es für solche Bildstreifen, zu deren Vorführung Jugendliche unter achtzehn Jahren zugelassen werden sollen. Kinder unter sechs Jahren dürfen überhaupt nicht Filmzuschauer sein (§ 3). Zuständig für die Zulassung von Bildstreifen über Tagesereignisse und von Landschaftsfilmen und für die Genehmigung der zur Vorführung von Bildstreifen gehörigen Reklame sind neben den Prüfungsstellen die Ortspolizeibehörden (§§ 5f.), im übrigen sind die Prüfungsstellen ausschließlich zuständig. Prüfungsstellen gibt es in München und Berlin, zur Entscheidung über Beschwerden ist in Berlin eine Oberprüfungsstelle gebildet worden. Die Zulassung durch eine Prüfungsstelle gilt für das gesamte Reichsgebiet (§ 8). Bemerkenswert ist, daß bei Prüfung der Bildstreifen für Jugendvorstellungen auch Jugendliche im Alter von 18 bis 20 Jahren zu hören sind. Im übrigen entscheiden Prüfungs- und Oberprüfungsstelle in der Besetzung von fünf Mitgliedern. Die Oberprüfungsstelle hat schon eine große Reihe bedeutsamer Bescheide erlassen, namentlich hat sie die Theorie der Gegenwerte entwickelt, wonach ein an sich bedenklicher Film durch hohe Gegenwerte, z. B.

---

[1] Vgl. z. B. PrOVG. 22. Jan. 14, Entsch. 67, 364f. (Verspottung der Polizei). Vgl. ferner Pr. Min. d. I. Erl. v. 17. Juni 27, MinBliV. 1927 Sp. 673f. (Einschreiten gegen Theaterrevuen); ThürOVG. 1. Okt. 30, JW. 1931, S. 98ff. (Credé § 218), mit Anm. von ANSCHÜTZ, im VerwArch. 36 (1931) S. 244ff. auch bespr. von ROTHENBÜCHER.

[2] PrOVG. 10. Febr. 21, Entsch. 76, 435ff.

durch seine Eigenschaft als hervorragendes Kunstwerk, seine Beanstandbarkeit verlieren kann[1].

Sehr wichtig und durch den Potemkin-Film im Jahre 1926 berühmt geworden ist die Frage, ob die Zulassung eines Films nur die Bedeutung hat, das durch das Lichtspielgesetz geschaffene Vorführungsverbot zu beseitigen, ohne den Film unverbietbar zu machen, oder ob die Zulassung den Polizeibehörden jedes Einschreiten aus allgemeinen polizeilichen Gründen untersagt, solange nicht die Oberprüfungsstelle die Zulassung nach § 4 widerrufen hat. Da sich die Wirkung eines Films mit Sicherheit nicht vorhersehen läßt, ist die Frage im ersten Sinne zu beantworten[2], zumal im Lichtspielgesetz die, z. B. in den §§ 1 des Preß- und des Vereinsgesetzes festgelegte, Bestimmung fehlt, daß andere Einschränkungen als die in dem fraglichen Gesetze ausdrücklich genannten unzulässig sein sollen.

## III. Polizei der sonstigen geistigen Güter.

Während die Sittenpolizei auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung in den Rahmen der allgemeinen polizeilichen Aufgaben fällt, da die Sittenwidrigkeit einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung darstellt, ist man gewohnt, der Polizei die Wahrnehmung anderer idealer Aufgaben zu versagen. Namentlich Rücksichten auf Schönheit, Kunst, Geschichte und Natur sind nach herrschender gesellschaftlicher Anschauung polizeifremd. Dies müßte nicht so sein. Für ein ästhetisch so reizbares Volk wie die alten Griechen war das Häßliche nicht minder ordnungswidrig als das Unsittliche. Ja, es ist nicht einmal ausgeschlossen, daß die Hygiene, die auch erst allmählich dazu gelangte, die Gesundheitsschädlichkeit übler Gerüche zu erkennen, in nicht ferner Zeit der Häßlichkeit die Macht schädlicher Einwirkung auf das körperliche Wohlbefinden zuerkennen wird. Bis dahin bleibt es aber dabei, daß die Häßlichkeit ebenso wie die Zerstörung von geschichtlichen oder Naturdenkmälern auf unserer Polizeiskala (oben S. 432ff.) zwar unter dem Nullpunkt liegen mag, aber doch noch nicht dem Bereiche der ohne weiteres polizeilich wahrzunehmenden Interessen angehört. Es müssen schon besondere Gesetze vorliegen, wenn hier ein polizeiliches Einschreiten möglich sein soll. Solcher Art sind zunächst

**1. die Verunstaltungsgesetze.** Obgleich das ALR., auch hier ganz modern wie in vielen seinen Teilen, im § 66 I 8 vorschreibt, daß „zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze... kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden" dürfe[3], reicht diese Vorschrift für ein Vorgehen gegen jegliche Verunstaltung nicht aus. Dies zeigte sich bei der schon öfters erwähnten Kreuzbergentscheidung des OVG. vom 14. Juni 1882[4], in der das Gericht eine Polizeiverordnung für ungültig erklärte, die das Verbauen der Aussicht vom Kreuzberg auf die Stadt Berlin untersagte, und dann später in der Entscheidung vom 16. April 1901[5], die es für unzulässig erklärte, das Aufstellen von Reklametafeln am Rhein durch Polizeiverordnung zu verbieten. Also mußte der Gesetzgeber eingreifen. Er tat es zunächst durch das Gesetz vom 2. Juni 1902 gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden, das Landespolizeiverordnungen gegen die

[1] Seeger Reichslichtspielgesetz 1923 S. 21f. Fundort für die Entscheidungen der Oberprüfstelle ist das ArchUrhR.

[2] So auch PrOVG. 15. Dez. 21, Entsch. 77, 423ff., aber nur im Sinne einer vorläufigen, nur bis zur Beendigung des Widerrufsverfahrens reichenden Befugnis der Polizei. Gegen endgültige polizeiliche Verbote auch BadVGH. 28. Sept. 22, JW. 1923 S. 431f. Dieser Rechtsprechung zustimmend Falck im ArchUrhR. 1 (1928) S. 633ff.; gegen jedes ortspolizeiliche Einschreiten Dienstag ebenda 4 (1931) S. 151ff., ohne die der Polizei auferlegte Verantwortung für Sicherheit und Ordnung genügend zu würdigen.

[3] Ähnlich eine nassauische VO. v. 5. Juni 1816; vgl. PrOVG. 18. Nov. 13, Entsch. 66, 419ff.

[4] Entsch. 9, 353ff.; vgl. auch PrOVG. 5. Mai 14, Entsch. 67, 397ff.

[5] Entsch. 39, 415ff.

Verunzierung des Landschaftsbildes durch Reklameschilder und sonstige Aufschriften und Abbildungen vorsieht. Das Gesetz vom 15. Juli 1907 gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden geht noch bedeutend weiter. Es richtet sich gegen die Verunstaltung des Landschaftsbildes durch Bauten und ermächtigt die Gemeinden, durch Ortsstatut das Bauen in der Nähe bestimmter Straßen und Plätze von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung zu untersagen, wenn dadurch die Eigenart des Orts- oder Straßenbildes beeinträchtigt werden würde. Ebenso kann ein Ortsstatut die Stadtreklame genehmigungspflichtig machen und für die Bebauung von Landhausvierteln, Badeorten, Prachtstraßen u. dgl. besondere, über das sonst baupolizeilich zulässige Maß hinausgehende Anforderungen stellen. Weitgehende Ermächtigungen für die als Polizeiverordnungen zu erlassenden Bauordnungen enthält dann Art. 4 des Wohnungsgesetzes vom 28. März 1918. Diese und eine Reihe anderer Vorschriften faßt der Entwurf eines preußischen Städtebaugesetzes[1] zusammen, geht aber über den Gedanken der Verunstaltungspolizei weit hinaus, wenn er im § 49[I] polizeiliche Vorschriften vorsieht, deren Ziel es ist, das Entstehen städtebaulich befriedigender Straßen-, Platz- und Ortsbilder zu fördern und eine Beeinträchtigung der Schönheit und Eigenart des Landschaftsbildes oder eines Fernblicks zu vermeiden. Eine derartige Ausdehnung der Polizeigewalt war bisher nur dadurch erträglich, daß die Verwaltungsgerichte die baupolizeiliche Verfügung auch auf ihre sachliche Richtigkeit prüften[2] und z. B. die Begünstigung bestimmter Kunstrichtungen nicht zuließen[3]. Nach § 59 des Entwurfs eines Städtebaugesetzes soll dieser Schutz des Bürgers wegfallen. „Die Berechtigung der ästhetischen und geschichtlichen Gesichtspunkte in der Entscheidung der Baupolizeibehörde unterliegt nicht der Nachprüfung durch die Gerichte.“

Preußen war nicht das einzige Land, das Verunstaltungsgesetze schuf. Im letzten Menschenalter ist der Gedanke, Landschaft und Ortsbild zu schützen, in ganz Deutschland lebendig geworden.

**2. Kunst-, Denkmal-, Natur- und Heimatschutz.** Private Vereine hatten sich mit dem Kunst-, Denkmal-, Natur- und Heimatschutz von jeher befaßt. Auch der Staat nahm sich seit langem dieser schutzwürdigen Güter an, soweit ihm oder von ihm abhängigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Verfügungsgewalt über sie zustand. Dagegen schreitet er auch auf diesem Gebiete gegen Dritte erst seit verhältnismäßig kurzer Zeit ein.

Lange war das Reich hier nur durch das Vogelschutzgesetz vom 22. März 1888/30. Mai 1908 vertreten. Das Gesetz verbietet mit gewissen Ausnahmen das Zerstören und das Ausheben von Nestern oder Brutstätten der Vögel, das Zerstören und Ausnehmen von Eiern und das Ausnehmen und Töten von Jungen, dann das Fangen von Vögeln, solange der Boden mit Schnee bedeckt ist, oder mit gewissen Fangmitteln, wie Leim, Schlingen, betäubenden Futterstoffen. In der Zeit vom 1. März bis zum 1. Oktober ist das Fangen und die Erlegung von Vögeln überhaupt verboten, Meisen, Kleiber und Baumläufer dürfen während des ganzen Jahres nicht gefangen und erlegt werden. § 8 sieht aber zahlreiche Ausnahmen für bestimmte Vogelarten vor, während § 9 weitergehende landesrechtliche Vorschriften unberührt läßt. Auch sonst ist der Naturschutz Sache der Länder. Preußen ermächtigt durch den auf ein Gesetz vom 8. Juli 1920 zurückgehenden § 30 des Feld- und Forstpolizeigesetzes vom 21. Januar 1926 die zuständigen Minister und die nachgeordneten Polizeibehörden, Anordnungen zum Schutze von Tierarten, von Pflanzen und

---

[1] Vom 17. Juli 29, Landtagsdrucks. 3. Wahlper. Nr. 3015.

[2] Hierüber ausführlich BraunschwVGH. 9. Febr. 21, BraunschwZ. 68 (1921) Beil. S. 19ff.

[3] PrOVG. 2. März 22, Entsch. 77, 460ff.; vgl. auch PrOVG. 25. Jan. 16 u. 7. Apr. 27, PrVerwBl. 37 (1916) S. 704ff. u. Entsch. 82, 438ff.

von Naturschutzgebieten zu erlassen[1]. Ähnliche Vorschriften gibt es in den anderen Ländern. So schützt Lübeck die Seerosen, Hamburg die Robben, Bremen alle Raubvögel, Mecklenburg-Schwerin den Wespenbussard und sämtliche Adlerarten, Bayern den Steinadler und den Uhu, das Edelweiß und das Alpenveilchen, Baden den Feuersalamander und den Laubfrosch[2], während der Moorschutz[3] und der Schutz des Maulwurfs[4] wirtschaftlichen Zwecken dient.

Auf dem Gebiete des Kunstschutzes hat das Reich nur ein Ausfuhrverbotsgesetz erlassen. Nach RV. Art. 150$^{II}$ RV. ist es Sache des Reichs, die Abwanderung deutschen Kunstbesitzes in das Ausland zu verhüten. Eine Verordnung mit Gesetzeskraft vom 11. Dezember 1919[5] macht die Ausfuhr eines Kunstwerks von der Genehmigung des Reichskommissars für Aus- und Einfuhrbewilligung, jetzt des Reichsministers des Innern abhängig, sobald es in das von diesem geführte Verzeichnis der Werke eingetragen ist, deren Verbringung in das Ausland einen wesentlichen Verlust für den nationalen Kunstbesitz bedeuten würde.

Viel weiter im Schutze der Kunstwerke und sonstiger wertvoller Gegenstände gehen die Landesgesetze, die bald als Heimatschutzgesetz[6], bald als Denkmalschutzgesetz, bald als Denkmal- und Naturschutzgesetz bezeichnet werden und zum Teil die Bestimmungen gegen Verunstaltungen mit enthalten. Vorbildlich auf diesem Gebiete war das hessische Denkmalschutzgesetz vom 16. Juli 1902, Oldenburg folgte mit einem Denkmalschutzgesetz vom 18. Mai 1911, das vollkommenste Gesetz dieser Art ist heute wohl das hamburgische Denkmal- und Naturschutzgesetz vom 6. Dezember 1920, dem das lübeckische Gesetz vom 10. Dezember 1921 nachgebildet ist. Ein preußischer Gesetzentwurf zum Schutze der Denkmale wurde vom letzten Landtag nicht mehr verabschiedet[7]. Nach dem hamburgischen Gesetze genießen den gesetzlichen Schutz Baudenkmäler, einschließlich der Denkmäler aus vor- und frühgeschichtlicher Zeit, Naturdenkmäler, die Umgebung von Bau- und Naturdenkmälern, bewegliche Denkmäler, z. B. Urkunden, dann in der Erde oder im Wasser verborgene unbewegliche und bewegliche Gegenstände von geschichtlicher oder naturgeschichtlicher Bedeutung, endlich Naturgegenstände bestimmter Art, deren Erhaltung aus Gründen der Wissenschaft oder der Schönheit oder des Heimatschutzes im öffentlichen Interesse liegt. Voraussetzung für den Schutz der Bau- und Naturdenkmäler und ihrer Umgebung sowie der beweglichen Denkmäler ist ihre Eintragung in eine Denkmalliste, gegen deren Anordnung dem Verfügungsberechtigten nur die Beschwerde zusteht[8]. Abschnitt II handelt vom Schutze der in die Denkmalliste eingetragenen Denkmäler, Abschnitt III von Ausgrabungen und Funden, IV vom Schutz von Naturgegenständen, V vom Enteignungsrecht, VI von der Besichtigung von Denkmälern und Fundstätten.

**3. Bevorzugung der echten Kunst vor der Lustbarkeit.** Der Gesetzgeber hat ein richtiges Gefühl dafür, daß er die echte Kunst polizeifreier lassen muß als die Lustbarkeit. In einer Reihe von Vorschriften kommt diese Erkenntnis zum Ausdruck. Auch die Rechtsprechung macht die Unterscheidung, deren Bedeutung sich dahin zusammenfassen läßt, daß die selbständige Ausübung echter Kunst gegen

---

[1] Vgl. Tier- und Pflanzenschutzverordnung v. 16. Dez. 29.

[2] Lüb. Bek. v. 5. Mai 19, hamb. VO. v. 1. Juni 28, brem. G. v. 1. Juli 28, meckl.-schw. Bek. v. 27. Nov. 26, bay. oberpol. Vorschriften v. 29. Apr. 25 u. 11. Juni 29, bad. VO. v. 14. Nov. 27.

[3] Pr. Moorschutzges. v. 20. Aug. 23.

[4] Württ. G. v. 31. März 20, lipp. VO. v. 31. Okt. 23. Vgl. auch oben S. 461.

[5] Durch G. v. 24. Dez. 29 vorläufig bis 31. Dez. 31 verlängert. Eine weitergehende VO. v. 8. Mai 1920 trat Ende 1925 außer Kraft.

[6] So lipp. G. v. 17. Jan. 20.

[7] 2. Wahlper., 1. Tagung 1925/27, Drucks. Nr. 4298, 7100.

[8] Über die Frage, ob die Eintragung zur Entschädigung des Eigentümers verpflichtet, vgl. oben S. 414 zu N. 3.

Entgelt grundsätzlich zu den freien Berufen zählt, während die gewinnbringende Darbietung von Lustbarkeiten unter die Gewerbeordnung fällt[1].

Nach § 33a GewO. bedarf der — gebundenen — Erlaubnis, wer gewerbsmäßig Singspiele, Gesangs- und deklamatorische Vorträge, Schaustellungen oder theatralische Vorstellungen, ohne daß ein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft dabei obwaltet, in seinen Wirtschafts- oder sonstigen Räumen öffentlich veranstalten will. Gedacht ist vor allem an die Varietés und die Tingel-Tangel. Während das Gesetz hier den Hauswirt trifft, meint es im § 33b den Aufführenden selbst, wenn es die Darbietung gewerbsmäßiger Musikaufführungen, Schaustellungen, theatralischer Vorstellungen oder sonstiger Lustbarkeiten von Haus zu Haus oder auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen beim Fehlen eines höheren Interesses der Kunst oder Wissenschaft der frei zu erteilenden oder zu versagenden ortspolizeilichen Erlaubnis unterwirft. Der Sänger auf dem Hofe, der Drehorgelspieler, der Veranstalter eines Kasperletheaters sind Beispiele für diese Art von Gewerbetreibenden. Für sie gelten auch besondere Vorschriften, wenn sie ihre Lustbarkeiten im Umherziehen oder auf Jahrmärkten darbieten wollen (§ $55^{I4, II}$). Die gleiche Wendung kommt im § 6 des Kinderschutzgesetzes vom 30. März 1903 vor. An sich dürfen Kinder bei öffentlichen theatralischen Vorstellungen und anderen öffentlichen Schaustellungen nicht beschäftigt werden. Doch kann die untere Verwaltungsbehörde nach Anhörung der Schulaufsichtsbehörde Ausnahmen bei solchen Veranstaltungen zulassen, bei denen ein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft obwaltet.

Angesichts dieser viermal angeführten Wendung erhebt sich allerdings sofort die Frage, ob es Absicht des Gesetzes war, die Polizeibehörde oder den Verwaltungs- oder auch den Strafrichter zu Richtern in Geschmacksfragen zu erheben. Dies ist keineswegs der Fall. Die Verständnislosigkeit der Behörde neuen Tanzideen gegenüber berechtigt sie noch nicht, das Auftreten einer Isadora Duncan mit ihren Schülerinnen zu verbieten. Vielmehr kommt es vor allem auf die äußere Aufmachung an[2]. Gesänge in einem rauchigen Wirtshaussaal, bei deren Beginn auch nicht der Versuch gemacht wird, die lärmende Unterhaltung zu unterbrechen, gehören schon wegen dieser Begleitumstände nicht zur höheren Kunst, da sich die echte Kunst nicht auf solch unwürdige Weise dem Publikum darbietet. Auch bei der Straßenmusik müssen es schon ganz besondere Gründe sein, die zur Bejahung ihrer Eigenschaft als echter Kunst führen können. So läßt sich denken, daß stilgerechte Nachahmung eines Ständchens aus der Rokokozeit als echte Kunst wirkt. Auch der große Künstler überwindet die der Anerkennung echter Kunst ungünstige Umwelt. Jener berühmte Meister, der dem armseligen Straßengeiger die Violine aus der Hand nahm, an dessen Stelle spielte und ihn das Geld einsammeln ließ, würde, selbst wenn die Absicht, für einen andern Geld zu verdienen, für den Begriff des Gewerbes ausreichte[3], sich nicht strafbar gemacht haben, da beim Spiel eines ganz großen Künstlers immer ein höheres Interesse der Kunst obwaltet.

### IV. Polizei der überwachungsbedürftigen menschlichen Betätigungsformen.

Von jeher beobachtet der Staat gewisse menschliche Betätigungsformen mit gesteigerter Aufmerksamkeit. Als völlig ungefährlich erscheint ihm nur der Mensch, der sich friedlich und einsam innerhalb seiner vier Wände aufhält. Selbst in diesem Falle macht sich der Bürger verdächtig durch Waffenbesitz. Überwachungsbedürftig ist nach Ansicht des Staates auch die Ortsveränderung; Paßpolizei und Aufent-

---

[1] Vgl. z. B. PrOVG. 11. Juli 12, Entsch. 63, 384ff. (Lehrlinge eines Kapellmeisters).

[2] Vgl. Beispiele aus der Rechtsprechung bei v. Landmann-Rohmer GewO[8]. I 1928 S. 429ff.; Ella Drescher Höh. Interesse d. Kunst, Heidelb. Diss. (noch nicht ersch.).

[3] Dagegen z. B. KG. 2. Jan. 28, Entsch. Erg. 7, 168ff.; BayObLG. 28. Okt. 29, DJZ. 1930 Sp. 370.

haltspolizei kommen dieser Anschauung entgegen. Man braucht nur an die Karlsbader Beschlüsse von 1819 zu denken, um zu wissen, daß die Meinungsäußerung durch die Presse dem Staate nicht gleichgültig ist. Auch beim Zusammenschluß einer Vielheit von Menschen zu Vereinen und Versammlungen liegt der Gedanke einer Regelung nahe. Endlich kümmert sich der Staat um menschliche Handlungen, die ihm an sich gleichgültig sind, in dem Augenblicke, in dem sie gewerbsmäßig vorgenommen werden. Neben diesen fünf Gebieten: Waffenpolizei, Paß- und Fremdenpolizei, Pressepolizei, Vereins- und Versammlungspolizei und Gewerbepolizei, von denen die vier ersten zur politischen Polizei gehören, gibt es noch eine Reihe anderer Gebiete, auf denen sich die Polizei des Schutzes der Allgemeinheit vor bestimmten menschlichen Handlungen annimmt, so vor Unterschlagungen bei der Fundpolizei[1], der Strandpolizei[2] und der Polizei der öffentlichen Sammlungen (Hauskollekten)[3]. Doch seien diese weniger wichtigen Gebiete im folgenden vernachlässigt. Bedeutendere Zweige der Polizei, wie Aufruhrpolizei und Polizei des Ausnahmezustands, lassen sich zwanglos im Zusammenhange mit den fünf genannten Zweigen besprechen.

**1. Waffenpolizei.** Vor der Neuordnung von 1918 war der Waffenbesitz grundsätzlich gestattet. Nur den Besitz von Kanonen verboten einige Landesgesetze[4], das Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 verbot und verbietet heute noch neben der Herstellung und dem Vertrieb auch den Besitz von Sprengstoffen, also auch den Besitz der aus Sprengstoffen hergestellten Waffen, vor allem der Handgranaten, das Reichsstrafgesetzbuch untersagt nach wie vor die heimliche Bildung eines Waffen- und Munitionslagers (§ 360 $^{2}$), eine Bestimmung, die das Schußwaffengesetz vom 12. April 1928 verschärft hat (§§ 23, 25). Sonst stellte das Reichsrecht nur das Feilhalten und Mitsichführen von Stoß-, Hieb- und Schußwaffen unter Strafe, die in Stöcken oder Röhren oder in sonstiger Weise verborgen sind, und auch dies nur, wenn ein gesetzliches Verbot dieses Inhalts bestand (§ 367 $^{9}$). Die Landesgesetze gingen weiter und machten die Führung von Schußwaffen und bestimmter anderer gefährlicher Waffen von der Erteilung eines Waffenscheins abhängig, der allerdings für unbescholtene Personen leicht zu haben war; für Vollzugsbeamte und Jagdberechtigte galten Ausnahmen. Der Waffenbesitz zu Hause dagegen war grundsätzlich frei.

In diesen Rechtszustand griff die Verordnung des Rates der Volksbeauftragten vom 13. Januar 1919 über Waffenbesitz ein. Sie ordnete die sofortige Ablieferung aller Schußwaffen und der Munition aller Art zu Schußwaffen an; wer nach Ablauf der Ablieferungsfrist im unbefugten Besitze von Waffen oder Munition betroffen wurde, wurde schwer bestraft. Diesen Rechtszustand mildert das am 1. Oktober 1928 in Kraft getretene, das Schußwaffenwesen umfassend regelnde Reichsgesetz über Schußwaffen und Munition vom 12. April 1928. Das Gesetz bezieht sich nach der Ausführungsverordnung vom 13. Juli 1928 auf alle Schußwaffen mit Ausnahme veralteter oder kleinstkalibriger oder sonstwie weniger gefährlicher Waffen. Wer beim Inkrafttreten des Gesetzes eine Schußwaffe besitzt und nicht zu gewissen unzuverlässigen, z. B. jugendlichen, geistesgestörten oder vorbestraften Personen gehört, darf sie ohne weiteres behalten. Auch der Erwerb von Todes wegen ist genehmigungsfrei, allerdings anzeigepflichtig. Dagegen bedarf es, von einigen, z. B. bei Behörden und Vollzugsbeamten gemachten Ausnahmen abgesehen, für jeden Erwerb einer Schuß-

---

[1] BGB. §§ 965ff.; hierzu SächsOVG. 17. Okt. 24, JW. 1925 S. 1060ff.

[2] StrandungsO. v. 17. Mai 74 §§ 20ff. Vgl. auch lüb. VO. v. 18. Apr. 21 ü. d. Auffischen von Gegenständen im Lübecker Hafen.

[3] Z. B. Bek. d. Bundesrats über Wohlfahrtspflege v. 15. Febr. 17; dazu pr. AusfBest. v. 19. Febr. 17/27. Apr. 27, MinBliV. 1917 S. 64ff., 1927 Sp. 513f.

[4] Z. B. bad. PolStGB. § 41 $^{2}$.

waffe oder von Munition unter Lebenden einer behördlichen Erlaubnis, die in Gestalt eines Waffenerwerbscheins oder Munitionserwerbscheins nur an zuverlässige Personen erteilt wird. Berechtigen diese Scheine den Inhaber nur zum Erwerbe, zum Besitze und zum Gebrauche innerhalb seines befriedeten Besitztums, so ist für die Führung der Waffe außerhalb dieses Besitztums ein besonderer Erlaubnisschein, der nur nach Bejahung des Bedürfnisses zu erteilende Waffenschein erforderlich. Für polizeilich genehmigte Schießstände gelten Ausnahmen. In gewissen Grenzen ersetzt der Waffenerwerb- den Munitionserwerbschein, der Waffenschein beide, ein Jahresjagdschein den Waffenschein. Das Gesetz macht dann noch die gewerbsmäßige Herstellung, Bearbeitung und Instandsetzung von Schußwaffen und Munition sowie den Schußwaffen- und Munitionshandel genehmigungspflichtig, verbietet den Handel im Umherziehen und auf Jahrmärkten, Schützenfesten u. dgl. und enthält Bestimmungen über Waffen- und Munitionslager.

Der Besitz eines Waffenscheins befreit nur von den Strafvorschriften des Schußwaffengesetzes und gibt kein Gegenrecht gegen polizeiliche Vorschriften über den Gebrauch der Waffe. Daher kann die Polizei den Schießsport mit Kleinkaliberwaffen regeln. Nach den Richtlinien des preußischen Ministers des Innern vom 16. Januar 1927[1] bedürfen die Schießstände der ortspolizeilichen Genehmigung; eine Aufsichtsperson muß das Schießen leiten; Jugendliche unter siebzehn Jahren dürfen sich am Schießen nicht beteiligen.

Das mißbräuchliche Führen von Hieb- und Stoßwaffen verbietet neuestens das Reichsgesetz gegen Waffenmißbrauch vom 28. März 1931[2].

**2. Paß- und Aufenthaltspolizei.** a) Das Gesetz über das Paßwesen vom 12. Oktober 1867 war das erste Gesetz des Norddeutschen Bundes und bestätigt die hieraus herzuleitende Vermutung eines sehr freiheitlichen Inhalts. Das Gesetz gilt auch heute noch, allerdings mit einer Reihe von Änderungen und durch Verordnung herbeigeführten Maßgaben einengender Natur. Schon § 1 I, wonach Deutsche zum Ausgange aus dem Reichsgebiet und zur Rückkehr über die Grenze keines Reisepasses bedürfen, und § 2, wonach die Paßfreiheit auch für Ausländer gilt, sind durch eine auf Grund des § 9 ergangene Verordnung des Reichspräsidenten vom 10. Juni 1919 in ihr Gegenteil verkehrt: für den Grenzübertritt gilt Paßzwang. Der Ausländer muß sich z. Zt. auch innerhalb Deutschlands durch einen Paß ausweisen können, während der Deutsche nach § 3 des Gesetzes zwar auch verpflichtet ist, sich über seine Person auszuweisen, aber nicht gerade einen Paß vorlegen muß. Statt des Passes genügt unter Umständen ein Paßersatz. Nach der Bekanntmachung vom 4. Juni/22. Dezember 1924 zur Ausführung der Paßverordnung erhalten nämlich nur Reichsangehörige deutsche Pässe. Da aber Ausländer nicht immer in der Lage sind, von ihrer Behörde einen Paß zu erlangen, sieht die Paßbekanntmachung für sie als Paßersatz Personalausweise vor. Auch Kinderausweise gelten als Paßersatz. Für den Ausländer genügt aber nicht einmal der Besitz eines regelrechten Passes für den Grenzübertritt, vielmehr bedarf er noch, soweit nicht zwischenstaatliche Vereinbarungen etwas anderes bestimmen, des Sichtvermerks einer deutschen Behörde (PaßBek. § 40).

Über die Ausstellung der Pässe enthält die PaßBek. eingehende Vorschriften. Zuständig für die Ausstellung sind in Deutschland bestimmte Landesbehörden, in Preußen der Minister des Innern, die Regierungs- und Polizeipräsidenten, die Landräte und die Ortspolizeibehörden einer Reihe größerer und mittlerer Städte, im Ausland sind es bestimmte Gesandtschaften und Konsulate. Für alle Pässe gilt ein einheitliches Muster (§ 6) und Lichtbildzwang (§ 8). Die zeitliche Geltung des Passes beträgt fünf Jahre (§10)[3]. Die PaßBek. enthält dann noch besondere

[1] MinBliV. 1927 Sp. 81f. [2] Hierzu Kommentar von HOCHE-SCHÖNNER 1931.
[3] Vgl. RdErl. d. pr. Min. d. I. v. 30. Juni 26, MinBliV. 1926 Sp. 641ff.

Vorschriften über Sammellisten (§§ 68ff.), den kleinen Grenzverkehr (§ 71), Befreiungen vom Paß- und Sichtvermerkszwange (§§ 72f.), Diplomaten- und Ministerialpässe (§ 85), sonstige Dienstpässe (§ 86), Sonderausweise für russische Flüchtlinge, sog. Nansenausweise (§§ 87ff.), den Verkehr mit Ostpreußen (§ 93), dem besetzten Gebiete (§ 94), innerhalb Oberschlesiens (§ 95), mit dem Saargebiet (§§ 96ff.), das „Laissez-passer" für Reisende aus Palästina (§ 102), die paßtechnische Behandlung des Seeverkehrs (§§ 103ff.), der im Grenzverkehre tätigen Beamten und Angestellten (§§ 124ff.), der Versorgungsberechtigten (§ 129) und der ausländischen Arbeiter (§ 122). Die Gebühren für die Ausfertigung von Pässen, sonstigen Reisepapieren und Sichtvermerken regelt eine Verordnung der Reichsregierung vom 27. Juni 1924. So kostet die Ausstellung eines Passes 3 RM, eines Kinderausweises 0,50 RM, eines Personalausweises als Paßersatzes 10 RM. Auch § $8^1$ des Gesetzes in seiner ursprünglichen Fassung hatte die Höchstgebühr für die Ausstellung eines Passes auf einen Taler festgesetzt.

b) Die Aufenthaltspolizei gestaltet sich verschieden, je nachdem sie sich gegen Ausländer oder gegen Inländer richtet.

α) Der *Ausländer* hat, wie schon an anderer Stelle dargelegt (S. 171f.), kein Recht auf Aufenthalt. In bestimmten Fällen, wie Stellung unter Polizeiaufsicht, Überweisung an die Landespolizeibehörde, Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Glückspiels, Vergehen gegen Paßvorschriften[1], gestattet das Reichsrecht den Landespolizeibehörden die Reichsverweisung. Kraft ungeschriebenen Rechtes steht die Reichsverweisung lästiger Ausländer auch der Reichsregierung zu[2]. Kraft meist ungeschriebenen Rechtes[3] gehört die Landesverweisung lästiger Ausländer, also die Ausweisung nur aus Preußen, nur aus Sachsen usw., zur Zuständigkeit der Polizeibehörden der Länder, in Preußen der Ortspolizeibehörden. Doch sorgen Dienstanweisungen für eine menschliche Handhabung der Ausweisungsbefugnis. Ein Erlaß des preußischen Ministers des Innern vom 24. August 1923[4] umschreibt die typischen Ausweisungsfälle näher: Vorbestraftheit, staatsfeindliche Betätigung, unbefugte Einwanderung, wiederholte schwere Verstöße gegen die Meldevorschriften, Unterstützungsbedürftigkeit. Ausländer, die schon vor dem 1. April 1914 in Preußen wohnhaft waren, sollen grundsätzlich überhaupt nicht, solche, die länger als vier Jahre in Preußen wohnen und in wirtschaftlich gesicherten Verhältnissen leben, in der Regel nicht ausgewiesen werden. Ein anderer Erlaß verbietet Massenausweisungen[5]. Die gegen eine Ausweisung eingelegte Beschwerde soll grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben. Den Weg zu den Verwaltungsgerichten versperrt § $130^{III}$ LVG. dem ausgewiesenen Ausländer ausdrücklich, hindert aber nicht die Klage des fälschlicherweise als Ausländer behandelten Deutschen. Als Formen der Ausweisung sind üblich der Transport (Schub), die Erteilung eines Zwangspasses mit festem Reiseweg und die einfache Bekanntmachung der Ausweisungsverfügung[6].

β) Dagegen hat der *Inländer* ein unbedingtes Recht auf Aufenthalt innerhalb der Grenzen des Deutschen Reiches. Der vom Auslande kommende Deutsche darf an der Grenze nicht abgewiesen, der sich in Deutschland befindende Deutsche nicht ausgewiesen werden. Die Auslieferung des Deutschen an eine ausländische Regierung verbietet der nicht nach Art. $48^{II}$ RV. aufhebbare Art. $112^{III}$ RV. ver-

[1] StGB. §§ $39^2$, $362^{IV}$, $285a^{II}$, PaßG. § $9^{II2}$.

[2] Vgl. W. Jellinek Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder[3] 1927 S. 34f.; E. Isay Fremdenrecht 1923 S. 208ff.

[3] Ausdrücklich anerkannt im bad. Aufenthaltsges. v. 5. Mai 70 § 4, bay. Aufenthaltsges. v. 21. Aug. 14 Art. $8^{II}$.

[4] MinBliV. 1923 Sp. 883ff. [5] Erl. v. 5. Nov. 26, MinBliV. 1926 Sp. 987.

[6] Vgl. für die Reichsverweisungen Bek. d. Bundesrats v. 10. Dez. 90, ZBlDR. 1890 S. 378ff; Erl. d. Pr. Min. d. I. v. 30. Dez. 27, MinBliV. 1928 Sp. 9ff.

fassungskräftig, die Ab- und Ausweisung Art. 111 RV. mit der Maßgabe, daß ein Reichsgesetz Einschränkungen festsetzen kann[1]. Das Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867 enthält aber für die Außengrenzen keinerlei Einengungen. Auch für den Aufenthalt im Innern gilt die Regel, daß jeder Deutsche das Recht hat, „sich an beliebigem Orte des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben[2] und jeden Nahrungszweig zu betreiben“ (RV. Art. 111). Das Freizügigkeitsgesetz bestärkt die Regel durch die Vorschrift, daß die Gemeinde nicht befugt ist, von neu Anziehenden wegen des Anzugs eine Abgabe zu erheben, ja nicht einmal, sie zu den Gemeindelasten heranzuziehen, wenn die Dauer des Aufenthalts den Zeitraum von drei Monaten nicht übersteigt (§ 8). Von den Schwierigkeiten, die diese Vorschrift der Erhebung von Kurtaxen in den Weg legt, war an anderer Stelle die Rede (S. 124).

Das Freizügigkeitsgesetz enthält aber auch wichtige Einschränkungen des Aufenthaltsrechts. Zunächst spielt die Beweisfrage hinein; wer das Recht der Freizügigkeit für sich in Anspruch nimmt, hat auf Verlangen den Nachweis seiner Reichsangehörigkeit zu führen. Dann gibt es familienrechtliche Beschränkungen; der durchgebrannte Junge wird durch einen Polizeibeamten den Eltern wieder zugeführt, ohne daß er sich auf das Freizügigkeitsgesetz berufen könnte. Selbst die Ehefrau bedarf, um sich auf das Gesetz berufen zu können, der Genehmigung des Ehemanns (§ $2^{II}$); doch gibt diese Bestimmung der Polizei keinen Freibrief zur Ausweisung vom Manne getrennt lebender Ehefrauen, das Fehlen der allgemeinen polizeilichen Voraussetzungen kann die Frau dem Ausweisungsbefehle immer entgegenhalten. Ferner kann die Gemeinde aus Gründen des Armenfürsorgerechts einen neu Anziehenden abweisen und einen in ihrem Gebiete hilfsbedürftig Gewordenen wegweisen (§§ 4f.). Endlich sieht das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit sicherheitspolizeilicher Aufenthaltsbeschränkungen und Ausweisungen vor. Der hiervon handelnde, viel umstrittene § 3 lautet in seinen beiden ersten Absätzen:

„Insoweit bestrafte Personen nach den Landesgesetzen Aufenthaltsbeschränkungen durch die Polizeibehörden unterworfen werden können, behält es dabei sein Bewenden.

Solchen Personen, welche derartigen Aufenthaltsbeschränkungen in einem Bundesstaate unterliegen, oder welche in einem Bundesstaate innerhalb der letzten zwölf Monate wegen wiederholten Bettelns oder wegen wiederholter Landstreicherei bestraft worden sind, kann der Aufenthalt in jedem anderen Bundesstaate von der Landespolizeibehörde verweigert werden.“

Schon die Vereinbarkeit des ersten Absatzes mit der RV. ist fraglich, da Art. 111 nur reichsgesetzliche Einschränkungen der Freizügigkeit zuläßt; doch muß man annehmen, daß RV. Art. 111 Satz 3 das Freizügigkeitsgesetz in Bausch und Bogen aufrechterhalten wollte[3]. Aus eben diesem Grunde steht auch Art. $110^{II}$, wonach jeder Deutsche in jedem Lande des Reichs die gleichen Rechte und Pflichten hat wie die Angehörigen des Landes selbst, einer alsbald zu besprechenden Handhabung des Gesetzes dahin nicht im Wege, daß der Landesangehörige in seinem eigenen Lande ein besseres Aufenthaltsrecht genießt als in einem anderen deutschen Lande[4]. Ebensowenig hat etwa das Reichsstrafgesetzbuch mit seinen Vorschriften über Polizeiaufsicht und Überweisung an die Landespolizeibehörde die Bestimmung des älteren Freizügigkeitsgesetzes überholt; denn schon das preußische Gesetz vom 31. Dezember 1842 über die Aufnahme neu anziehender Personen, an das man bei Schaffung des § 3 FG. wohl in erster Linie dachte, unterscheidet deutlich die

---

[1] Über dessen zeitweilige Aufhebbarkeit nach RV. Art. 48 vgl. BayObLG. 15. März 24, JW. 1925 S. 63ff. einerseits, NAWIASKY i. d. Anm. dazu andererseits. N. hält Art. 48 mit Recht für unanwendbar.

[2] Wegen der Tragweite dieser Vorschrift vgl. meinen Aufsatz in der DJZ. 1907 Sp. 1054ff. und neuerdings SMOSCHEWER in Gruch. 67 (1925) S. 15ff.

[3] Ebenso BayObLG. 21. März 27, SammlSt. 27, 85ff.

[4] Andr. Ans. THOMA Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 189 N. 5.

Aufenthaltsbeschränkung durch Strafurteil (§ $2^{I 1}$) und die verwaltungsmäßige durch die Landespolizeibehörde. Die Hauptschwierigkeit liegt vielmehr in der Deutung des zweiten Absatzes. Nach dem soeben erwähnten, in diesem Punkte noch geltenden preußischen Gesetze sind Ausnahmen von der Freiheit des Aufenthalts zulässig, „wenn die Landespolizeibehörde nötig findet, einen entlassenen Sträfling von dem Aufenthalte an gewissen Orten auszuschließen". „Sträfling" ist ein wegen eines Verbrechens Verurteilter. Die fortgesetzten Ausweisungen des späteren Hauptmanns von Köpenick waren die berühmtesten Anwendungsfälle des Gesetzes. Die Streitfrage[1] ist nun die, in welchem deutschen Lande ein solcher Mensch sein Asyl findet; denn aus dem Reiche ausgewiesen werden darf er nicht. Bei wörtlicher Auslegung muß ihn das Land behalten, in dem er Aufenthaltsbeschränkungen unterworfen ist; denn nach § $3^{II}$ FG. kann ihm der Aufenthalt in jedem *anderen* Bundesstaate verweigert werden. Doch berücksichtigt diese Auslegung nicht die zeitliche Nähe des kurz nach Gründung des Norddeutschen Bundes erlassenen FG. mit dem soeben noch in Kraft gewesenen Landesrecht, das § 3 nach Möglichkeit schonen wollte. Nach preußischem Landesrecht aber lagen die Dinge so, daß der vorbestrafte Nichtpreuße ausgewiesen werden konnte und nur der vorbestrafte Preuße nicht. Der möglichsten Anlehnung an das frühere Recht würde es also entsprechen, wenn die preußische Landespolizeibehörde allerdings den vorbestraften Preußen im Lande behalten müßte, nicht aber den Nichtpreußen. Zum gleichen Ergebnis kommt man durch folgende Erwägung. Das preußische Gesetz verlangt nicht, daß der entlassene Sträfling durch ein preußisches Gericht abgeurteilt sein muß. Würde man daher Preußen verwehren, nichtpreußische Sträflinge auszuweisen, so könnten alle Länder, die Aufenthaltsbeschränkungen nicht kennen, ihre reichsangehörigen entlassenen Zuchthäusler nach Preußen abschieben. Diesen und anderen Unzuträglichkeiten entgeht man, wenn man der süddeutschen Auffassung folgt und dem Vorbestraften ein unbedingtes Aufenthaltsrecht nur im Lande seiner Landesangehörigkeit zubilligt. Außerdem sind die Regierungen übereingekommen, niemand aus dem Lande seines Unterstützungswohnsitzes, jetzt Bezirksfürsorgeverbandes, auszuweisen. Doch bleibt die Frage im übrigen nach wie vor streitig und beleuchtet besonders klar die Notwendigkeit eines Reichsverwaltungsgerichts.

Das FG. gewährleistet nur die Freiheit des Aufenthalts und des Ortswechsels als solche, verbietet aber nicht jede Belästigung des Reisenden, denn § $12^{II}$ läßt die landesrechtlichen Vorschriften über die *Fremdenpolizei* ausdrücklich unberührt, gestattet also jene Behelligungen mit An- und Abmeldungspflichten, die jedem Reisenden bekannt sind[2]. Auch die gesetzliche Regelung des *Wanderns* steht mit dem Reichsrecht im Einklang, sofern es nur dem von der Regelung Betroffenen möglich bleibt, sein Reiseziel ohne erhebliche Erschwerung zu erreichen. So kann ein Landesgesetz das Reisen in Wohnwagen oder -karren erlaubnispflichtig machen, auch das Wandern in Horden verbieten. Das Bedenkliche des bayerischen Gesetzes zur Bekämpfung von Zigeunern, Landfahrern und Arbeitsscheuen vom 16. Juli 1926 und des entsprechenden hessischen vom 3. April 1929 liegt also, soweit sie das bis dahin in Geltung gewesene Sonderrecht verschärfen, nicht in diesen und ähnlichen Beschränkungen des Wanderns, sondern in der Benachteiligung der Zigeuner als Rasse im Widerspruche mit RV. Art. $109^{III}$, da der Zigeuner, anders als der nach Zigeunerart umherziehende „Landfahrer", den Bestimmungen des Gesetzes schlechthin unterworfen ist, auch wenn er die Gewohnheiten seines Stammes abgelegt hat[3].

Die *Auswanderung* schließlich steht jedem Deutschen frei und kann nur durch Reichsgesetz beschränkt werden (RV. Art. $112^{I}$). Das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913 erleichtert sie dadurch, daß es die Entlassung

[1] Vgl. z. B. v. Keller-Trautmann Kommentar zum RStAngG. 1914 S. 98f.
[2] Vgl. z. B. aus neuester Zeit hamb. G. ü. d. Meldewesen v. 13. Febr. 29.
[3] Vgl. oben S. 165.

aus dem Staatsverbande nur an wenige Voraussetzungen knüpft (§ 22). Seit Aufhebung der allgemeinen Wehrpflicht und des Steuerfluchtgesetzes bestehen für den Erwachsenen, der sich nicht im öffentlichen Dienste befindet, überhaupt keine Schranken der Auswanderungsfreiheit. Nur Mädchen unter 18 Jahren, die ohne Eltern auswandern wollen, bedürfen nach einer Verordnung der Reichsregierung vom 14. Februar 1924 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 9^I). Im übrigen wendet sich diese Verordnung und das Auswanderungsgesetz vom 9. Juni 1897 nur gegen die Auswanderungsunternehmer, nicht gegen die Auswanderungslustigen.

**3. Pressepolizei.** Die Presse war der öffentlichen Gewalt gleich nach Erfindung der Buchdruckerkunst verdächtig. Daher war mit der Presse auch sofort die Pressepolizei gegeben, und zwar in ihrer schärfsten Form, der Vorzensur[1]. Der Kurfürst BERTHOLD von Mainz war wohl der erste, der die Zensur einführte (1486), die Päpste ALEXANDER VI. (1501) und LEO X. (1515) folgten, seit dem Wormser Edikt (1521) betätigte sich das Reich im gleichen Sinne. Vorkämpfer der Pressefreiheit dagegen waren MILTON (1644) und — wenigstens bei seinem Regierungsantritt — FRIEDRICH DER GROSSE, nach dessen bekanntem Ausspruche[2] Gazetten, wenn sie interessant sein sollen, nicht geniert werden dürfen (1740). Seitdem auch die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 die Pressefreiheit als Grundsatz verkündet hatte (Art. 11), setzte sie sich, trotz rückläufiger Bewegung im Bundespreßgesetz vom 20. September 1819, von der Mitte des vorigen Jahrhunderts an allgemein auch in Deutschland durch und fand ihren noch heute gültigen Niederschlag im Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874. Da nach RV. Art. 118^I jeder Deutsche das Recht hat, innerhalb der Schranken der „allgemeinen“ Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern, und das Reichspreßgesetz einige gerade die Presse einengenden Bestimmungen enthält, ist schon die Frage aufgetaucht, ob es für Deutsche überhaupt noch gilt, da es doch kein „allgemeines“, auch Nicht-Presseerzeugnisse umfassendes, sondern ein Sondergesetz sei. Die Frage ist zu bejahen, zumal das Wort „allgemein“ nur durch ein Redaktionsversehen in das Gesetz kam[3] und, selbst wenn dies nicht der Fall wäre, einer vernünftigen Auslegung unüberwindliche Schwierigkeiten in den Weg legen würde[4].

Das Reichspreßgesetz regelt seinen Gegenstand unter Ausschluß der Landesgesetzgebung. Nur die Bestimmungen über Abgabe von Freiexemplaren an Bibliotheken und öffentliche Sammlungen und über das Plakatwesen läßt das Gesetz unberührt (§ 30^III, II). Die Vorschriften des preußischen Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 über den letzten Gegenstand hat allerdings das preußische Gesetz vom 28. November 1925 aufgehoben. Dies hat aber nicht die Bedeutung einer Befreiung des Plakatwesens von jeglicher gesetzlicher Bindung, sondern nur die seiner Unterstellung unter das allgemeine Recht, insbesondere Verkehrspolizeirecht[5].

Das Reichspreßgesetz regelt seinen Gegenstand auch unter Ausschluß der älteren Reichsgesetzgebung. Denn nach § 1 unterliegt die Freiheit der Presse nur denjenigen Beschränkungen, die „durch das gegenwärtige Gesetz vorgeschrieben oder zugelassen sind“. Zukünftige reichsgesetzliche Beschränkungen konnte § 1 allerdings nicht verbieten, sie sind innerhalb des von der RV. ausgesprochenen Verbotes der Vorzensur (Art. 118^II) gestattet, insbesondere stünde die jetzt vielfach

---

[1] Vgl. LOENING S. 278.
[2] HOUBEN Polizei und Zensur (Die Pol. i. Einzeldarstellungen Bd. 11) 1926 S. 7f.
[3] Vgl. oben S. 371 N. 3. [4] Vgl. KITZINGER RGes. ü. d. Presse 1920 S. 203.
[5] KG. 30. März 26 u. 26. Aug. 27, PrVerwBl. 47 (1926) S. 373 u. 49 (1928) S. 353f.; pr. Min. d. I. 17. Jan., 23. März, 19. April 28, MinBliV. 1928 Sp. 53, 316, 441f.; PrOVG. 15. Mai 30, RVerwBl. 52 (1931) S. 330ff. Vgl. vor allem noch die am Kopfe des Paragraphen genannte Dissertation von H. W. HARMS.

erörterte Einführung von Pressekammern nach Art der Ärztekammern mit der RV. im Einklang. § $4^{III}$ verweist dann auf die Bestimmungen der Gewerbeordnung; so sind nach § $56^{III}$ GewO. vom Feilbieten und Aufsuchen von Bestellungen im Umherziehen Druckschriften ausgeschlossen, die in sittlicher oder religiöser Beziehung Ärgernis zu geben geeignet sind, der Gewerbetreibende darf nur solche Druckschriften mit sich führen, die in einem daraufhin geprüften und genehmigten Verzeichnis enthalten sind (§ $56^{IV}$)[1], der Straßenhändler bedarf zum Ausrufen und zum Verkauf von Druckschriften eines Legitimationsscheins (§ $43^{I}$). Eine wichtige, im Art. $118^{II}$ RV. ausdrücklich vorgesehene Durchbrechung der Pressefreiheit bildet das Reichsgesetz vom 18. Dezember 1926 zur Bewahrung der Jugend vor Schund- und Schmutzschriften. Ähnlich wie im Lichtspielrecht sieht das Gesetz Prüfstellen (in Berlin und München) und eine Oberprüfstelle in Leipzig vor. Die Prüfstellen setzen auf Antrag der Landeszentralbehörden und der Landesjugendämter bestimmte Schund- und Schmutzschriften auf eine Liste[2]. Mit Bekanntgabe der Aufnahme einer Schrift in die Liste darf sie weder im Umherziehen noch im stehenden Gewerbe feilgehalten oder angekündigt werden; im Umherziehen ist auch das Anbieten an eine einzelne Person verboten, im stehenden Gewerbe nicht, wohl aber das Zurschaustellen im Laden und im Schaufenster; nur Personen unter 18 Jahren darf sie weder zum Kaufe angeboten, noch innerhalb des gewerblichen Betriebs entgeltlich oder unentgeltlich überlassen werden. Weitere Einschränkungen der Pressefreiheit sind als vorübergehende Maßnahmen des Ausnahmezustandes möglich und häufig vorgekommen (RV. Art. $48^{II, IV}$); der Reichspräsident oder die Landesregierung kann sogar den ganzen Artikel 118 der RV. vorübergehend außer Kraft setzen[3]. Als vorübergehende, durch Gesetz eingeführte Maßnahmen seien endlich noch die Bestimmungen über Beschlagnahme und Verbot von Druckschriften im Republikschutzgesetz vom 25. März 1930 erwähnt (§§ 12ff.).

Dies vorausgeschickt, sei zunächst

a) der Gegenstand der Pressepolizei betrachtet. Nach § 2 des Preßgesetzes findet dieses Anwendung „auf alle Erzeugnisse der Buchdruckerpresse, sowie auf alle anderen, durch mechanische oder chemische Mittel bewirkten, zur Verbreitung bestimmten Vervielfältigungen von Schriften und bildlichen Darstellungen mit oder ohne Schrift, und von Musikalien mit Text oder Erläuterungen". All dies faßt das Gesetz unter dem Sammelbegriff „Druckschriften" zusammen. Die nähere Abgrenzung bereitet im Einzelfalle Schwierigkeiten. Gehören Schreibmaschinendurchschläge zu den „Druckschriften"? Die Frage ist trotz gewisser, aus § 13 herzuleitender Bedenken zu verneinen, da der Vorgang des Durchschlagens im wesentlichen kein anderer ist als der des handschriftlichen Durchschreibens mit Tintenstift und Pauspapier, das mechanische Mittel des Handschreibens aber vom Preßgesetz sicher nicht getroffen werden sollte. Anders bei den Hektogrammen nach handgeschriebenen oder Schreibmaschinenvorlagen. Sehr weit geht das Reichsgericht, wenn es auch die Platte eines Grammophons zu den Druckschriften rechnet[4]. Dagegen bringt es der im öffentlichen Rechte so fruchtbare Zubehörgedanke[5] mit sich, daß Musiknoten auch dann noch als text- und erläuterungslos gelten,

---

[1] Die Weitergeltung dieser Vorschrift trotz des Verbots der Vorzensur in RV. Art. $118^{II}$ bejaht ausdrücklich BayVGH. 3. Febr. 22, Samml. 43, 21ff., stillschweigend PrOVG. 2. Jan. 30, RVerwBl. 51 (1930) S. 502; HÄNTZSCHEL, JW. 1930 S. 2113ff., verneint. Die erste Ansicht verdient den Vorzug, da Zensur nach den geschichtlichen Zusammenhängen — Karlsbader Beschlüsse, Weltkrieg, Aufruf des Rates der Volksbeauftragten — Prüfung einer Schrift vor dem Erscheinen bedeutet, nicht vor deren Verbreitung in einer bestimmten Form.

[2] Über die Rechtskraft einer Ablehnung oben S. 308 N. 3. Über die praktischen Erfahrungen bei Durchführung des Gesetzes berichtet die Reichsregierung i. d. RTDrucks. Nr. 1307 der IV. Wahlperiode.

[3] Zuletzt geschehen durch VO. d. RPräs. v. 28. März 1931 § 16. Komm. v. HÄNTZSCHEL 1931. [4] RG. IV 27. Juni 13, RGSt. 47, 223ff. [5] Vgl. oben S. 234f.

wenn sie mit Überschrift und Vortragsbezeichnungen, wie „forte“, „piano“, „lebhaft“ u. dgl. versehen sind.

Auch die Frage, wann eine Vervielfältigung zur Verbreitung bestimmt ist, läßt sich nicht immer ohne Zweifel beantworten. Die Zusendung oder die Übergabe an einen geschlossenen Personenkreis schließt den Verbreitungszweck dann nicht aus, wenn mit der Weitergabe an Außenstehende gerechnet wird. Dagegen sind die nur für den Empfänger bestimmten, innerhalb eines geschlossenen Kreises bleibenden Hektogramme, z. B. im Umdruckverfahren vervielfältigte Übungsfälle für Übungen an den Universitäten, nicht zur Verbreitung bestimmt und unterliegen daher nicht den preßgesetzlichen Bestimmungen.

b) Der dem Preßgesetze zugrunde liegende Gedanke der Pressefreiheit ist im § 1 in die Worte gefaßt: „Die Freiheit der Presse unterliegt nur denjenigen Beschränkungen, welche durch das gegenwärtige Gesetz vorgeschrieben oder zugelassen sind.“ Der Satz ist nicht sowohl ein Freiheits- als ein Gleichheitssatz. Denn er will die Presse nicht bevorrechten, sie nicht außerhalb der für alle geltenden Gesetze stellen, sondern verbietet nur Benachteiligungen der Presse als solcher. Stellt sich eine Äußerung als Beleidigung oder als Hochverrat dar, so wird sie nicht dadurch rechtmäßig, daß sie durch die Presse geschieht. Ist der Gebrauch bestimmter giftiger Stoffe allgemein verboten, so gilt das Verbot auch für die mit dem Stoffe vermengte Druckerschwärze. Auch Landesgesetze dieser Art bleiben, sofern sie über die Presse hinausgreifen, gültig und können neu erlassen werden. Der Satz bedeutet im allgemeinen auch nicht Befreiung von Bindungen kraft besonderen Gewaltverhältnisses. Der Vater kann dem minderjährigen Sohne, der Lehrer dem Schüler verbieten, einen Aufsatz in der Zeitung zu veröffentlichen oder die Schriftleitung einer Zeitung zu übernehmen, auch der Strafanstaltsvorsteher kann die Insassen der Anstalt an der Ausführung eines solchen Vorhabens hindern. Selbst die Bestimmung der Reichsverfassung, daß den Deutschen an seinem Rechte der freien Meinungsäußerung kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern und ihn niemand benachteiligen darf, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht (Art. 118$^{\mathrm{I}}$), bedarf einer einschränkenden Auslegung. Auf das Beamtenverhältnis findet die Vorschrift zwar nicht unbedingt dem Wortlaute, wohl aber dem Sinne nach an sich Anwendung[1]. Das Recht des Beamten auf Freiheit der Meinungsäußerung ist aber eingeengt durch die „Schranken der allgemeinen Gesetze“, wobei wir uns wieder daran erinnern, daß das Wort „allgemein“ nur durch ein Redaktionsversehen in die Verfassung gekommen ist[2]. Auch die Disziplinargesetze gehören daher zu den die Meinungsfreiheit einengenden Gesetzen. Das gleiche muß vernünftigerweise in gewissem Umfange von den Vorschriften des BGB. über Vertragsfreiheit gelten. So kann sich der Schriftleiter einer politischen Zeitung dem Unternehmer gegenüber verpflichten, während der Dauer seiner Anstellung keinen Aufsatz in einer anderen Zeitung zu veröffentlichen, der von der politischen Richtung der eigenen Zeitung abweicht[3]. Nur das gewöhnliche Arbeits- oder Anstellungsverhältnis, das sich nicht gerade auf die Betätigung der Meinungsfreiheit in einer bestimmten Richtung bezieht, kann im Art. 118$^{\mathrm{I}}$ gemeint sein.

Der Satz von der Freiheit der Presse ist demgemäß als eine Beschränkung der besonderen Pressepolizei aufzufassen, gleichgültig, ob sie sich in Polizeigesetzen der Länder oder in Polizeiverordnungen oder -verfügungen betätigt. Die Herstellung und die Verbreitung von Druckschriften ist, abgesehen von schon erwähnten Bestimmungen der GewO. über das Wandergewerbe und den Straßenhandel, polizeilich weder verboten noch verbietbar noch beschränkbar. Doch kann die Ortspolizeibehörde die nicht gewerbsmäßige öffentliche Verbreitung

[1] Anschütz RV.[10] Art. 118 Anm. 4. [2] Vgl. oben S. 371 N. 3 u. S. 482.

[3] Vgl. auch Betriebsräteges. v. 4. Febr. 20 §§ 85$^{\mathrm{I}}$, 67, worauf Rothenbücher auf der Münchener Staatsrechtslehrertagung — VStaatsRL. 4 (1928) S. 26 — hinwies.

von Druckschriften — der gewerbsmäßige Straßenhandel ist nach früher Gesagtem erlaubnispflichtig — solchen Personen verbieten, denen nach der GewO. der Wandergewerbeschein versagt werden muß oder kann (PrG. § 5). Es sind dies Personen, die mit einer abschreckenden oder ansteckenden Krankheit behaftet oder in einer abschreckenden Weise entstellt sind, Vorbestrafte, wegen gewohnheitsmäßiger Arbeitsscheu, Bettelei, Landstreicherei oder Trunksucht übel Berüchtigte, Personen unter 25 Jahren, Blinde, Taube, Stumme, Geistesschwache und Leute ohne festen Wohnsitz im Inland[1]. Im übrigen besteht für Buch- und Steindrucker, Buch- und Kunsthändler, Antiquare, Leihbibliothekare, Inhaber von Lesesälen, Verkäufer von Druckschriften, Zeitungen und Bildern nach § 14$^{II}$ GewO. nur die eine besondere gewerbepolizeiliche Pflicht, daß sie bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebs die Betriebsstätte und deren jeden späteren Wechsel spätestens am Tage des Wechsels der zuständigen Behörde ihres Wohnorts angeben müssen.

c) Das Preßgesetz engt die so gewährte Freiheit durch eine Reihe von Ordnungsvorschriften ein.

Die meisten enthalten Verbote, die allerdings manchmal die Form von Geboten annehmen. So darf in Deutschland keine Druckschrift erscheinen, die nicht Namen oder Firma und Wohnort des Druckers und, wenn sie zur Verbreitung bestimmt ist, Namen oder Firma und Wohnort des Verlegers enthält (§ 6). Ausnahmen gelten für harmlose Druckschriften, wie Vordrucke, Preiszettel, Besuchskarten. Periodische Druckschriften, d. h. Zeitungen und Zeitschriften, die in monatlichen oder kürzeren, wenn auch unregelmäßigen, Fristen erscheinen, müssen außerdem auf jeder Nummer, jedem Stücke oder Hefte den Namen und Wohnort des verantwortlichen Redakteurs enthalten (§ 7$^{I}$). Die vielumstrittene Frage nach dem Verhältnis des als verantwortlicher Redakteur der Form nach Benannten und des die Tätigkeit eines solchen wirklich Ausübenden gehört dem Strafrechte an und sei hier nur angedeutet. Der verantwortliche Redakteur muß geschäftsfähig, im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sein und im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben (§ 8); alte Bestrebungen, Reichs- und Landtagsabgeordnete auszuschließen, haben im Änderungsgesetz vom 4. März 1931 ihre Erfüllung gefunden. Ferner darf der Verleger mit der Versendung der Nummer einer periodischen Druckschrift nicht beginnen, ohne gleichzeitig an die Polizeibehörde ein Pflichtexemplar abzuliefern, doch findet die Vorschrift auf Druckschriften keine Anwendung, die ausschließlich Zwecken der Wissenschaft, der Kunst, des Gewerbes oder der Industrie dienen (§ 9). Besondere Verbote treffen dann noch ausländische periodische Druckschriften, von denen binnen Jahresfrist zwei Nummern strafgerichtlich eingezogen worden sind (§ 14), die Veröffentlichung über Truppen- oder Schiffsbewegungen oder über Verteidigungsmittel in Zeiten des Krieges oder der Kriegsgefahr[2], die öffentliche Aufforderung zugunsten eines Verurteilten zur Aufbringung von Geldstrafen und Kosten (§ 16) und die vorzeitige Veröffentlichung amtlicher Schriftstücke eines Strafprozesses (§ 17).

Außerdem kennt das Preßgesetz zwei Gebote: die Pflicht des verantwortlichen Redakteurs einer periodischen Druckschrift, die überhaupt Anzeigen aufnimmt, zur Aufnahme amtlicher Bekanntmachungen gegen Zahlung der üblichen Einrückungsgebühren (§ 10) und seine bekannte Pflicht, eine Berichtigung der in seiner periodischen Druckschrift mitgeteilten Tatsachen auf Verlangen einer beteiligten öffentlichen Behörde oder Privatperson ohne Einschaltungen oder Weglassungen aufzunehmen (§ 11). Die erste Pflicht ist eine öffentliche Last im verwaltungsrechtlichen Sinne (oben § 19), die Berichtigungspflicht eine Polizeipflicht,

---

[1] GewO. §§ 43$^{VI}$, 57$^{1,3,4}$, 57a, 57b$^{1,2}$.
[2] G. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3. Juni 14 § 10.

die soweit geht, daß es grundsätzlich gleichgültig ist, ob das zu Berichtigende unrichtig ist und ob die Berichtigung den Tatsachen entspricht.

d) Die vielleicht eigentümlichste Seite des Preßpolizeirechts ist die Regelung der Zuständigkeiten beim Einschreiten gegen Mißbräuche der Presse. Ein Vorgehen der Polizei nach § 10 II 17 ALR. oder den entsprechenden Bestimmungen des außerpreußischen Rechts scheidet, vorbehaltlich der erwähnten Ausnahmen für Plakate, völlig aus. So verstößt eine Polizeiverfügung, jemand solle sich auf einer Druckschrift nicht als „qualifiziert zum Kreisarzt" bezeichnen, gegen das Preßgesetz[1]. Auch fehlt den Polizeibehörden bei Preßübertretungen die Zuständigkeit zum Erlasse von Strafverfügungen (§ 29), eine Frage, die allerdings seit Inkrafttreten der StPO. nicht ganz unbestritten ist, aber überwiegend, z. B. auch von § 54[1] der thüringischen LVO., in diesem Sinne beantwortet wird[2]. Was der Polizei verbleibt, ist die vorläufige Beschlagnahme in wenigen, einzeln aufgeführten Fällen und der Verwaltungszwang zur Erzwingung der positiven Pflichten des öffentlichen Presserechts, wie Ablieferung des Pflichtexemplars, Aufnahme einer behördlichen Bekanntmachung, und der Unterlassung der Verbreitung von Druckschriften, wo sie gewerbepolizeilich verboten oder preßpolizeilich verbietbar ist (§ 5). Die vorläufige Beschlagnahme ist aber nur zulässig, wenn eine Druckschrift entgegen gesetzlicher Bestimmung nicht den Namen des Druckers, Verlegers, verantwortlichen Redakteurs trägt, wenn eine verbotene ausländische Druckschrift verbreitet wird, wenn eine Druckschrift verbotenerweise Veröffentlichungen über Truppenbewegungen oder Verteidigungsmittel enthält, endlich wenn der Inhalt einer Druckschrift den Tatbestand der Aufforderung zum Hochverrat oder einer sonstigen strafbaren Handlung, den der Anreizung zum Klassenkampf oder den des strafbar Unzüchtigen begründet (§ 23). Verfügt die Polizeibehörde von sich aus die Beschlagnahme, so muß sie die Akten spätestens binnen zwölf Stunden der Staatsanwaltschaft vorlegen, die entweder Wiederaufhebung der Beschlagnahme verfügt oder die Akten binnen zwölf weiteren Stunden dem Gerichte zur Bestätigung der Beschlagnahme vorlegt. Die Beschlagnahme erlischt, wenn das Gericht die Bestätigung der Beschlagnahme nicht bis zum Ablaufe des fünften auf die Beschlagnahme folgenden Tages der beschlagnahmenden Behörde mitteilt (§ 24), aber auch die gerichtliche Bestätigung ist wieder aufzuheben, wenn nicht binnen zwei Wochen nach der Bestätigung die Strafverfolgung in der Hauptsache eingeleitet worden ist (§ 26). Allerdings bedeuten auch diese kurzen Fristen für die Nummer einer Tageszeitung deren völlige Entwertung. Was bei der außerordentlich rechtsstaatlichen Regelung auffällt, ist die vollständige Ausschaltung der Verwaltungsgerichte[3], eine trotzdem nicht verwunderliche Tatsache, da es im Jahre 1874 nur in Baden einen obersten Verwaltungsgerichtshof gab.

**4. Vereins- und Versammlungspolizei, Maßnahmen gegen Aufruhr.** Da Einigkeit stark macht, stark aber auch für staatsgefährliche Betätigungen, hatte der Polizeistaat und bis vor verhältnismäßig kurzer Zeit auch der moderne Staat das Vereins- und Versammlungswesen streng bevormundet. Selbst das Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908, das für seine Zeit als fortschrittlich empfunden wurde, war noch kein wirklich freiheitliches Gesetz. Es gilt formell auch heute noch, wurde aber durch den Aufruf des Rats der Volksbeauftragten vom 12. November 1918 vielfach durchlöchert. Der Aufruf bestimmt in Ziff. 2 des ersten Absatzes:

„Das Vereins- und Versammlungsrecht unterliegt keiner Beschränkung, auch nicht für Beamte und Staatsarbeiter."

---

[1] PrOVG. 13. Okt. 27, RVerwBl. 49 (1928) S. 379; vgl. auch 3. Juli 30, JW. 1931 S. 494f.

[2] Ebenso in neuerer Zeit OLG. Dresden 27. Febr. 29, SächsThürArchR. 6 (1929) S. 370.

[3] Auch das Druckschriftenverbot nach dem — zeitlich begrenzten — Republikschutzgesetz vom 25. März 30 unterliegt vorerst der Nachprüfung durch einen Senat des Reichsgerichts (§§ $13^{I}$, $9^{IV}$). Ebenso VO. d. RPräs. v. 28. März 31 § 13.

Diesen Zustand fand die Reichsverfassung vor, als sie in den Artikeln 123 und 124 anordnete:

„Art. 123. Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln.

Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden.

Art. 124. Alle Deutschen haben das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden. Dies Recht kann nicht durch Vorbeugungsmaßregeln beschränkt werden. Für religiöse Vereine und Gesellschaften gelten dieselben Bestimmungen.

Der Erwerb der Rechtsfähigkeit steht jedem Verein gemäß den Vorschriften des bürgerlichen Rechts frei. Er darf einem Vereine nicht aus dem Grunde versagt werden, daß er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt."

Ein besonderer Artikel gewährleistet noch die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Art. 159).

Der sehr wenig übersichtliche Rechtszustand ist also zur Zeit der: Vom Vereinsgesetz gelten nur noch die der Vereins- und Versammlungsfreiheit günstigen Bestimmungen. Auch solche Bestimmungen gelten nicht mehr, die zwar nach der Reichsverfassung zulässig wären, aber durch den Aufruf der Volksbeauftragten beseitigt sind. Gesetzentwürfe, die das Vereinsgesetz mit der RV. in Einklang bringen sollten, lagen dem Reichstag mehrfach vor, ohne erledigt zu werden[1]. Dagegen enthalten das — zeitlich begrenzte — Republikschutzgesetz vom 25. März 1930 und die Ausnahmeverordnung des Reichspräsidenten vom 28. März 1931 einige vereins- und versammlungspolizeiliche Vorschriften.

a) Gegenstand der besonderen Regelung sind Vereine und Versammlungen. Während der Verein als die nicht bloß augenblickliche Vereinigung mehrerer Personen zur Verfolgung bestimmter gemeinschaftlicher Zwecke der Deutung keine großen Schwierigkeiten bereitet, kommt es bei der Versammlung darauf an, sie von der bloßen Ansammlung und ähnlichen soziologischen Gebilden zu unterscheiden[2]. Der Ansammlung und der Versammlung gemeinsam ist das räumliche Beisammensein einer Vielheit von Menschen, aber nicht jede solche Vielheit ist eine Versammlung. Schon der Sprachgebrauch verbietet es, das bunte Treiben eines Marktes, die neugierig gaffende Menschenmenge vor einem Schaufenster, die andächtig lauschende Zuhörerschaft eines Straßenredners, überhaupt einen Vortrag ohne wesentliche Aussprache[3], oder das Theaterpublikum als „Versammlungen" zu bezeichnen, daher es der Polizei freisteht, ihre allgemeinen Befugnisse gegen solche Ansammlungen von Menschen geltend zu machen[4], z. B. die Leute auseinanderzutreiben, wenn irgendein polizeilicher Gesichtspunkt es rechtfertigt. Sieht man sich demgegenüber eine der typischen Versammlungen an, etwa die Protestversammlung eines Mietervereins, so ist ihr eigentümlich die gemeinsame Erörterung von Angelegenheiten. Doch genügt auch die Verfolgung anderer gemeinsamer geistiger Zwecke, sofern nur für den Teilnehmer die Möglichkeit einer freien tätigen Mitwirkung besteht. Sonst würde jede Theatervorstellung eine Versammlung sein. Sie ist es aber nicht, für die Zuhörerschaft nicht, weil diese bei aller Zweckverbundenheit nicht tätig mitwirkt, für die Schauspieler nicht, weil sie bei ihrem Zusammenwirken nicht frei sind, überdies bloß spielen. Wie schon diese Andeutungen zeigen, würde es sich lohnen, wenn sich einmal Juristen und Soziologen zusammenfänden, um eine zuverlässige Abgrenzung der Versammlung von verwandten Erscheinungen zu unternehmen. Vorläufig genüge die Bezeichnung der

---

[1] Drucks. III. Wahlper. Nr. 2279, IV. Wahlper. Nr. 1083.

[2] Vgl. z. B. RG. II. StrSen. 25. Sept. 24, JW. 1925 S. 1122.

[3] Andr. Ans. offenbar WürttVGH. 1. Okt. 30, „Die Verwaltungspraxis" 4 (1930) S. 217ff.

[4] Vgl. HansOLG. 19. Apr. 26, HansRZ. 1926 Sp. 866 (Straßenansammlungen); PrOVG. 27. Sept. 23, Entsch. 78, 272ff. u. ThürOVG. 5. Nov. 13, Jahrb. 1, 160ff. (Theateraufführung).

Versammlung als einer zur gemeinsamen freien Meinungsbetätigung räumlich geeinten Personenvielheit. Für einige Zweifelsfälle gibt das Vereinsgesetz selbst die Entscheidung. Aufzüge auf öffentlichen Straßen und Plätzen stellt das Gesetz (§ $7^{\mathrm{I}}$) den Versammlungen unter freiem Himmel gleich[1]. Als besondere Arten von Aufzügen nennt das Gesetz Leichenbegängnisse und Hochzeitsgesellschaften (§ $9^{\mathrm{II}}$). Obgleich die Vorschriften des Vereinsgesetzes hierüber nicht mehr gelten, lebt doch die Begriffsbestimmung weiter und erläutert das Wort „Versammlung" im Art. 123 RV. Daraus hat die Rechtsprechung schon den wichtigen Schluß gezogen, daß das polizeiliche Verbot von Laiengrabreden, da sie einen Teil des Leichenbegängnisses bilden, mit der Versammlungsfreiheit unverträglich ist[2]. Ob sie bei kirchlichen Friedhöfen als Hausfriedensbruch geahndet werden können, ist eine andere Frage, die mit den Grenzen des Hausrechts an Friedhöfen zusammenhängt, aber auch strafrechtlich nicht ganz einfach liegt, da die Übertretung einer Hausordnung an sich noch nicht den Tatbestand des strafbaren Hausfriedensbruches erfüllt[3]. Ebenso ist die Erläuterung des Vereinsgesetzes zum Begriffe der Versammlung unter freiem Himmel heute noch wichtig, da sich der Begriff auch in der RV. findet. Nach § 8 des Gesetzes ist eine Versammlung, die in einem geschlossenen Raume veranstaltet wird, nicht schon deshalb als Versammlung unter freiem Himmel anzusehen, weil außerhalb des Versammlungsraumes befindliche Personen an der Erörterung teilnehmen oder weil die Versammlung in einen mit dem Versammlungsraume zusammenhängenden umfriedeten Hof oder Garten verlegt wird.

b) Die für Vereine und Versammlungen verfassungsmäßig festgelegte Freiheit bedeutet ebensowenig wie die Preßfreiheit einen Freibrief für gesetzwidrige Betätigung. Was an sich gesetzwidrig ist, wird nicht dadurch erlaubt, daß es sich in einem Vereine oder einer Versammlung abspielt. Bei der Versammlungsfreiheit kommt dies in den Worten „friedlich und unbewaffnet" zum Ausdruck (RV. Art. $123^{\mathrm{I}}$), bei der Vereinsfreiheit darin, daß RV. Art. 124 den Deutschen nur das Recht gewährt, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden. Die vom Vereinsgesetz als Folge hieraus gezogene Auflösungsmöglichkeit (§ $2^{\mathrm{I}}$) gilt auch heute noch, ebenso die Zulassung des Verwaltungsstreitverfahrens gegen die Auflösungsverfügung nach § $2^{\mathrm{II}}$. Die Strafgesetze, gegen die der Zweck des Vereins nicht verstoßen darf, können auch Landesgesetze sein; so könnte eine Vereinigung zur Förderung der wilden Ehe oder zum strafbaren Spielen in fremden Lotterien aufgelöst werden.

Wie bei der Pressefreiheit machen auch hier die besonderen Gewaltverhältnisse Schwierigkeit. Die elterliche Gewalt, die Anstaltsgewalt der Schule, der Universität, des Krankenhauses, des Gefängnisses sind allerdings sicher stärker als die Vereins- und Versammlungsfreiheit[4], ob auch das dienstliche Abhängigkeitsverhältnis des Beamten, ist sehr zweifelhaft, denn der Aufruf des Rates der Volksbeauftragten hebt die Beschränkungen jener Freiheit ausdrücklich auch für „Beamte und Staatsarbeiter" auf. Auf Grund besonderer Ermächtigung im Art. $133^{\mathrm{II}}$ RV. hat allerdings das Reichswehrgesetz vom 23. März 1921 die Vereins- und Versammlungsfreiheit der Soldaten stark eingeengt (§§ 36, 37), für Beamte fehlt es aber an einer Ermächtigung und einem Gesetze, das den Aufruf des Rates der Volksbeauftragten wieder aufhebt. Im Gegenteil, RV. Art. $130^{\mathrm{II}}$ gewährleistet allen Beamten die Vereinigungsfreiheit ausdrücklich. Hierin liegt aber wohl doch eine die

---

[1] Dies gilt auch für RV. Art. 123: PrOVG. 7. Febr. 24, Entsch. 78, 279ff.

[2] KG. 10. Juni 21 u. 27. März 25, JW. 1921 S. 1092ff. u. 1925 S. 1148f.

[3] Das KG. bejaht Hausfriedensbruch: 12. Febr., 17. Dez. 26, 20. Mai 27, PrVerwBl. 47 (1926) S. 373f., 48 (1927) S. 530f., 49 (1928) S. 136. Hiergegen W. JELLINEK Grabreden auf kirchlichen Friedhöfen, Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 134ff.

[4] Vgl. THOMA in der Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 204ff.

älteren Vorschriften richtigstellende, abschließende Regelung der dem Beamten zuzubilligenden Freiheit auf diesem Gebiete. Aus dem *Beitritte* zu einem Vereine kann dem Beamten kein Strick gedreht werden, wohl aber aus seiner *Betätigung* im Vereine und namentlich in einer Versammlung. Die RV. hätte die Versammlungsfreiheit der Beamten im Art. 130[II] ausdrücklich erwähnen müssen, wenn sie diese, die seit dem 12. November 1918 zu Recht bestand, hätte aufrechterhalten wollen. So unterliegt die Versammlungsfreiheit seit Inkrafttreten der RV. wieder dem Beamtendisziplinarrecht[1].

Bleibt also, wie bei der Pressefreiheit, nur noch die Spitze gegen *polizeiliche Eingriffe*. Sieht man von der Verhütung strafbarer Handlungen ab, die der Polizei nach wie vor unverwehrt ist, so scheitert ihre allgemeine Ermächtigung aus § 10 II 17 ALR. an dem stärkeren Gegenrecht der Vereins- und Versammlungsfreiheit. Für die Vereinsfreiheit gilt dies unbedingt, bei der Versammlungsfreiheit ist anzunehmen, daß weder der Aufruf vom 12. November 1918 noch die RV. eine Vorschrift haben aufheben wollen, deren Zweck es ist, die Teilnehmer einer Versammlung vor Unglücksfällen zu schützen: § 1[II] des Vereinsgesetzes, wonach die allgemeinen sicherheitspolizeilichen Bestimmungen des Landesrechts Anwendung finden, soweit es sich um die Verhütung unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit der Teilnehmer an einer Versammlung handelt. Die Polizei kann also die Abhaltung einer Versammlung in einem Hause wegen dessen Baufälligkeit verbieten, nicht aber deshalb, weil die Insassen der im gleichen Hause befindlichen Wohnungen durch das Kommen und Gehen der Versammlungsteilnehmer oder durch die Versammlung selbst gestört werden[2]. Bei *Versammlungen unter freiem Himmel* erweitert die RV. die polizeilichen Befugnisse insofern, als jene nach Art. 123[II] bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden können, also auch dann, wenn Gefahr von der Versammlung ausgeht, nicht nur, wenn sie den Teilnehmern droht. Eine Ausdehnung der Vorschrift auf andere Versammlungen geht aber nicht an, insbesondere ist die Überzeugung der Behörde, es werde in einer Versammlung nicht „friedlich“ zugehen, noch kein Grund, sie vor dem Zusammentritt zu verbieten. Aus diesen, wenn auch beschränkten, Befugnissen der Polizei folgt, daß sie verbotene oder verbietbare Versammlungen auch *auflösen* darf, auch die hierauf abzielenden Vorschriften des Vereinsgesetzes gelten noch, namentlich auch die Vorschrift, daß die Auflösungserklärung des Polizeibeamten im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden kann (§ 15). Steht aber der Polizei eine Auflösungsbefugnis zu, dann darf sie die Versammlung auch durch Beauftragte *überwachen*, allerdings ohne Anforderung eines Kostenersatzes für die Überwachungsmaßnahme[3] und nur im Rahmen des allgemeinen Polizeirechts, also beim Vorliegen einer wahrscheinlichen Gefahr. Die weitergehende Vorschrift des Vereinsgesetzes gilt angesichts des Aufrufs vom 12. November 1918 nicht mehr, gültig ist nur noch die Beschränkung der Zahl der mit der Überwachung der Versammlung beauftragten Beamten (nicht der mit ihrem Schutze betrauten) auf zwei (§ 13[II]). Nicht mehr geltendes Recht sind auch alle Ordnungsvorschriften des Vereinsgesetzes, die der Polizei die Überwachung erleichtern sollen[4], so die, daß jede öffentliche politische Versammlung einen Leiter haben muß (§ 10).

c) Wendet man die so gefundenen Regeln auf *öffentliche Umzüge* an, so ergibt sich, daß sie weder verboten noch anmelde- noch genehmigungspflichtig sind, noch im allgemeinen verboten werden können. Voraussetzung ist Friedlichkeit der Veranstaltung, vor allem Innehaltung der durch die Strafgesetze gezogenen

---

[1] Vgl. auch oben S. 370f.

[2] Andere Beispiele für eine Beschränkung der ordentlichen Polizeigewalt bei PrOVG. 1. Okt. u. 20. Dez. 12, Entsch. 63, 269ff., 261ff.

[3] Pr. Min. d. I. 21. März 30, MinBliV. Sp. 251.

[4] Vgl. z. B. KG. 6. Okt. 30, JW. 1931 S. 964ff.

Grenzen, Unbewaffnetsein der Teilnehmer, Fehlen einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit. Einige Schwierigkeit bereitet das Verhältnis der Umzugsfreiheit zur Straßenordnung und der Fall des Zusammentreffens zweier einander feindlichen Gruppen. Straßenpolizeiliche Vorschriften, die sich nur gegen Umzüge richten, etwa Umzüge von einzelnen Straßen überhaupt fernhalten wollen, wären ungültig. Die Straße gehört nun einmal dem „Volke", ein Hausrecht des Herrn der Straße Umzügen gegenüber würde dem Sinne der RV. widersprechen. Dagegen unterliegen Umzüge den allgemeinen mit Strafandrohung bewehrten Straßenpolizeiverordnungen, also z. B. der Vorschrift, daß die rechte Seite zu halten, das Straßenbahngeleise freizumachen, den Anordnungen der Verkehrsschutzleute Folge zu leisten sei[1]. Veranstalten zwei einander feindliche Gruppen gleichzeitig einen Umzug[2], so ist nach den Umständen des Falles eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben (RV. Art. 123$^{\mathrm{II}}$), äußerstenfalls also eine von beiden Veranstaltungen zur Vermeidung einer Schlägerei verbietbar. Diese äußerste Befugnis berechtigt, ja verpflichtet sogar die Polizeibehörde zu Maßnahmen milderer Art, falls auch sie ihren Zweck erfüllen; so kann sie die Umzüge durch verschiedene Stadtteile lenken, zum mindesten jede Begegnung verbieten. Muß doch einer von beiden Umzügen verboten werden, so hat sich die Polizeibehörde an den Störer zu halten (oben S. 442ff.), das ist in diesem Falle die Gruppe, die zu dem Zwecke umzieht, um der andern, die ihren Umzug früher geplant hatte, Ungelegenheiten zu bereiten. Auch kann die Art des Kalendertages die eine von den beiden Gruppen ins bessere Recht setzen. So gehört der 1. Mai den linksgerichteten Parteien, der 18. Januar den rechtsgerichteten.

d) Die Artikel 123 und 124 der RV. zählen zu denen, die Reichspräsident oder Landesregierung durch Ausnahmeverordnung nach RV. Art. 48 vorübergehend außer Kraft setzen können[3]. Dies wird namentlich dann geschehen, wenn es an irgendeiner Stelle des Reichs zum Aufruhr gekommen ist. § 115 StGB. bezeichnet als Aufruhr eine öffentliche Zusammenrottung, bei der Widerstand gegen die Staatsgewalt oder Beamtennötigung mit vereinten Kräften begangen wird. Es ist klar, daß die Landesregierung nur bei einem bedeutenden Aufruhr den Ausnahmezustand verhängen wird, in weniger wichtigen Fällen und bei Gefahr im Verzuge muß die Polizeibehörde mit andern Maßnahmen auskommen. Die Landesgesetze regeln die Niederzwingung des Aufruhrs vielfach in besonderen Gesetzen. So gilt in Preußen noch die Verordnung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der dem Gesetze schuldigen Achtung vom 17. August 1835, die ihrerseits wieder auf eine Verordnung vom 30. Dezember 1798 hinweist und sie anhangsweise erneut abdruckt. Sie bezieht sich nicht nur auf den Aufruhr, sondern auf jeden gefährlichen Auflauf. Entsteht ein solcher, so hat vor allem jeder Einwohner dafür zu sorgen, daß sich die Menschenmenge nicht vergrößert. Der Hauswirt haftet für die in seinem Hause befindlichen Personen, die Eltern haften für ihre Kinder, die Gewerbetreibenden für ihre Arbeiter. Gegen die aufrührerische Menschenmenge selbst tritt zunächst die Polizei und, wenn deren Kräfte nicht ausreichen, auf Ersuchen die bewaffnete Macht in Tätigkeit. Die Voraussetzungen für dies Eingreifen der bewaffneten Macht regelt jetzt § 17 des Wehrgesetzes vom 23. März 1921. Nach Abs. 2 ist in gewissen Notfällen auch selbständiges militärisches Einschreiten zulässig.

**5. Gewerbepolizei.** Die einleitenden Paragraphen der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 deuten auf die geschichtliche Entwickelung des Gewerberechts hin. Nach § 2 hört die Unterscheidung zwischen Stadt und Land für den Gewerbebetrieb auf, § 3 gestattet den gleichzeitigen Betrieb verschiedener Gewerbe, § 4

---

[1] Vgl. RG. III. StrSen. 15. Dez. 27, JW. 1928 S. 1305, ferner pr. Min. d. I. 23. März 28, MinBliV. 1928 Sp. 313f., OLG. Stuttgart 20. Nov. 29, WürttZSprBeil. 72 (1930) S. 26ff. (Singverbot).

[2] Vgl. das Beispiel PrOVG. 17. Dez. 12, Entsch. 63, 279ff.

[3] Zuletzt VO. d. RPräs. v. 28. März 31 § 16, dazu Kommentar v. HÄNTZSCHEL 1931.

spricht den Zünften und kaufmännischen Korporationen das Recht ab, andere vom Betrieb eines Gewerbes auszuschließen, die §§ 7ff. befassen sich mit der Aufhebung der ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, der Zwangs- und Bannrechte und der Berechtigungen des Fiskus und sonstiger Personen zur Erteilung von Konzessionen zu gewerblichen Anlagen. All diese nach heutiger Auffassung als Mißbrauch empfundenen Einrichtungen hat es also früher einmal gegeben. Sie entstanden mit dem Aufkommen von Handel und Gewerbe überhaupt. Märkte, früher die wichtigsten Formen des Gewerbebetriebes, waren nur möglich kraft des vom Könige verliehenen Marktfriedens. Hierdurch erhielt der Markt eine bevorrechtete Stellung gegenüber dem platten Lande. Da sich aus den Märkten die Städte entwickelten, entstand der noch im § 2 GewO. nachklingende Unterschied zwischen Stadt und Land. In den Städten siedelten sich, dicht am Absatzgebiet, Handwerker an, die sich zu Innungen und Zünften zusammenschlossen und in diesen Körperschaften obrigkeitliche Befugnisse erlangten, insbesondere den Zunftzwang und das Verbietungsrecht Außenstehenden gegenüber durchsetzten. Da niemand mehr als einer Zunft angehören durfte, durfte niemand mehrere Gewerbe betreiben. Der erstarkende Staat verlieh später von sich aus gewisse ausschließliche Gewerbeberechtigungen durch Privileg und verband sie dabei vielfach mit dem Kundenzwang, d. h. der Befugnis, den ihm unterworfenen Personen „die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bei jedem anderen, als dem Berechtigten, zu untersagen" (ALR. § 2 I 23). Sofern ein solches Zwangsrecht sich gegen alle Einwohner eines gewissen Bezirks oder gewisse Klassen des Bezirks richtete, nannte man es Bannrecht (a. a. O. § 4). So, aber auch durch Herkommen, entstanden der Mahlzwang, der Brauzwang, die Zwangsrechte der Bäcker und Fleischer.

Die Entartung der Zünfte und die stetig wachsende Erkenntnis, daß der Wohlstand des Staates nur im freien Spiele der wirtschaftlichen Kräfte gedeihen könne, bildeten die Grundlage des großen Stein-Hardenbergschen Reformwerks. Der Freiherr vom Stein, ein Liberaler, nicht um der Freiheit willen, sondern in dem Sinne, daß er eine Kräftigung des Staatsganzen von der möglichsten Freiheit des einzelnen erwartete, war die treibende Kraft für eine Reihe von Einzelverordnungen des Königs aus den Jahren 1806—1808, die zunächst nur für die östlichen Provinzen galten. Eine Kabinettsorder vom 17. April 1806 hob den Zunftzwang für das Behauen von Granitsteinen auf, eine Verordnung vom 4. Mai „der Erweiterung des National-Wohlstandes wegen" den Zunftzwang für den Betrieb der Lein- und Baumwollenweberei, ein Edikt vom 29. März 1808 den Mühlenzwang, eine Verordnung vom 24. Oktober 1808 den Zunftzwang und das Verkaufsmonopol der Bäcker-, Schlächter- und Hökergewerke, eine Verordnung vom 18. November 1808 gab den Ein- und Verkauf auf dem platten Lande durch Zwischenhändler in gewissem Umfange frei. Allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Begünstigung der Gewerbefreiheit enthielten die §§ 34 und 50 der kurz nach Steins Abgang erlassenen Geschäfts-Instruktion für die Regierungen in sämtlichen Provinzen vom 26. Dezember 1808, eine Andeutung künftiger Reformen auch § 34$^{II}$ der StädteO. vom 19. November 1808. Die umfassende Durchführung der Gewerbefreiheit war aber erst Hardenberg beschieden. Auch für ihn stand dabei der Vorteil des Staates weitaus im Vordergrund. Das Edikt über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer vom 2. November 1810[1] hatte ein ausgesprochen steuerpolitisches Gepräge. Wer ein Gewerbe betreiben wollte, bedurfte eines mit einer Steuer belasteten Gewerbescheins, und als Anreiz für die Erwirkung eines Gewerbescheins enthielt § 17$^{I}$ den Satz, daß gegen einen Gewerbebetrieb weder einer Korporation noch einem einzelnen ein Widerspruchsrecht zustehe. Ein umfangreiches Gesetz vom 7. September 1811 über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe beschloß die große Neuordnung.

[1] Nach der Überschrift (GS. 79) vom 28. Oktober 1810.

Unmittelbare Vorgängerin der Reichsgewerbeordnung war die preußische Allgemeine Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, die daher auch heute noch zum Verständnis jener herangezogen werden kann. Die geltende Gewerbeordnung erging zunächst als Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 21. Juni 1869 und erhielt durch Bekanntmachung vom 26. Juli 1900 eine neue Fassung. Seitdem ist sie vielfach geändert und durch Nebengesetze ergänzt worden. Sie begann als sehr freiheitliches Gesetz, die oben erwähnten einleitenden Bestimmungen sprechen eine beredte Sprache. Schrittweise sah man sich aber gezwungen, die fast schrankenlos gewährte Freiheit wieder einzudämmen, sei es durch Vermehrung der erlaubnispflichtigen, verbietbaren und verbotenen Gewerbebetriebe, sei es durch Neustärkung des Innungswesens, sei es vor allem durch tiefgreifende Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeiter und Angestellten. Der große Unterschied gegen früher ist nur der, daß die Einschränkungen jetzt durchweg zum Vorteil der Allgemeinheit angeordnet sind und nicht mehr zum Vorteil einzelner Privatpersonen oder privater Gruppen.

a) Gegenstand der Gewerbepolizei ist das Gewerbe. Unter Gewerbe aber versteht man zunächst eine dem Erwerbe dienende Tätigkeit. Die Erzielung von Gewinn ist, wenn das Gesetz, wie bei den Konsumvereinen im früheren § 33$^{v}$, nichts anderes bestimmt, notwendiges Begriffsmerkmal[1]. Jener englische Lord, der kurz nach dem Kriege Stiefel unter dem Einkaufspreise verkaufte, um die nach seiner Ansicht übermäßigen Preise für Schuhwaren zu senken, betrieb kein Gewerbe, auch jene Genossenschaft nicht, die eine Schmiede ausschließlich zugunsten ihrer Mitglieder ohne Gewinnabsicht betrieb[2], oder jener Fußballspielverein, der für die Veranstaltung eines Wettkampfes ein Eintrittsgeld erhob, doch so, daß die Einnahmen hinter den Unkosten zurückblieben[3]. Auch die Einführung sog. Gemeindemonopole, z. B. eines ausschließlichen gemeindlichen Müllabfuhrbetriebs, läßt sich mit der GewO. zur Not in Einklang bringen[4], wenn er keine Überschüsse abwerfen soll; die Hauptbedenken liegen auf allgemeinpolizeilichem Gebiete[5]. Aber auch eine dem Erwerbe dienende Tätigkeit stellt nicht immer ein Gewerbe dar. Der Arbeiter und der Angestellte betreiben kein Gewerbe, weil sie nicht selbständig tätig sind, der Löser eines Preisrätsels nicht, weil seine bloß gelegentliche Tätigkeit nicht planmäßig dem Erwerbe dient, der Landwirt nicht, weil von jeher das Gewerbe einen Gegensatz zur Urproduktion gebildet hat, und aus einem gedanklich ähnlichen Grunde der Schriftsteller und der Künstler nicht, weil man auch deren „Urproduktion" anders einschätzt als die Tätigkeit des Buchdruckers und Anstreichers. Endlich muß die Tätigkeit, um gewerblich zu sein, der Privatwirtschaft angehören, gemeindliche Schlachthäuser z. B. sind öffentliche Anstalten, ihr Betrieb stellt kein Gewerbe dar[6]. So gefährlich jede Begriffsbestimmung ist, so kann man doch das Gewerbe umschreiben als jede selbständige, dem Erwerbe planmäßig dienende privatwirtschaftliche Tätigkeit außerhalb der Urproduktion und der Kunst und Wissenschaft. Allerdings scheidet der sehr wichtige § 6 GewO. eine Reihe an sich gewerbsmäßiger Tätigkeiten aus dem Bereiche der GewO. aus. Er nennt die Fischerei, die Errichtung und Verlegung von Apotheken, die Erziehung von Kindern gegen Entgelt, das Unterrichtswesen, die advokatorische und Notariatspraxis, den Gewerbebetrieb der Auswanderungsunternehmer und -agenten, der Versicherungsunternehmer und der Eisenbahnunternehmungen, die Befugnis zum Halten öffentlicher Fähren und die Rechtsverhältnisse der Schiffsmannschaften

[1] Bedenklich daher PrOVG. 17. Apr. 16, Entsch. 71, 394ff., wonach auch ohne Gewinnabsicht betriebene Unternehmungen der im § 16 GewO. genannten Art dem Gewerberecht unterstehen sollen.

[2] PrOVG. 11. März 15, Entsch. 69, 362ff.

[3] SächsOVG 22. Dez. 25, Jahrb. 29, 188ff.

[4] RG. VI. ZivSen. 26. Jan. 14, JW. 1914 S. 409f.

[5] Vgl. oben S. 440.

[6] PrOVG. 15. März 27, Entsch. 82, 33ff.

auf den Seeschiffen. Auf das Bergwesen, die Ausübung der Heilkunde, den Verkauf von Arzneimitteln, den Vertrieb von Lotterielosen und die Viehzucht will die GewO. nur soweit Anwendung finden, als sie es ausdrücklich bestimmt. Wir erinnern uns aus früher Gesagtem, daß gerade hier der Zubehörgedanke von Bedeutung wird, daß namentlich eine Bahnhofswirtschaft der Gewerbeordnung, jetzt dem Gaststättengesetze, und damit dem Genehmigungszwange nicht unterworfen ist[1]. Auch die ausdrückliche Benennung der Fischerei, die an sich Urproduktion ist und schon aus diesem Grunde nicht der GewO. unterstehen würde, hat die besondere Bedeutung, daß auch Zubehör der Fischerei, wie Räuchern der Fische, von der GewO. nicht erfaßt wird[2].

b) Der die GewO. beherrschende Grundgedanke heißt Gewerbefreiheit. „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind“ (GewO. § $1^{I}$). Auch dieser Satz bedeutet sowenig wie die entsprechenden des Preß- oder Vereins- und Versammlungsrechts einen Freibrief für jede gewerbsmäßige Betätigung. Was an sich unerlaubt ist oder Beschränkungen unterliegt, wird nicht deshalb frei, weil es gewerbsmäßig betrieben wird. Daher herrscht Übereinstimmung darüber, daß allgemeine, Gewerbe und Nicht-Gewerbe treffende Polizeivorschriften, z. B. solche feuer- oder baupolizeilicher Art, trotz § $1^{I}$ GewO. zulässig sind. Fraglich ist nur, ob landesrechtliche Vorschriften, die nur auf Gewerbebetriebe gemünzt sind, z. B. an Pflanzenhändler gerichtete Verbote, gewisse geschützte Blumen in den Verkehr zu bringen, gültig sind oder nicht. Da § 144 GewO. alle Vorschriften über die Berufspflichten der Gewerbetreibenden unberührt läßt, ist die Frage, sehr zum Schaden der Gewerbefreiheit, zu bejahen, und es bleibt als unbedingte Freiheit innerhalb der reichsrechtlichen Schranken nur die zur Eröffnung und zur Fortführung eines Gewerbes übrig und auch sie nur bei redlichen und daher schutzwürdigen Gewerben, nicht bei Tätigkeiten, denen auch die bescheidenste sittliche Würde der Arbeit fehlt, wie bei Wahrsagereien, Traumdeutereien[3]. Einengungen, die weder der Eröffnung noch der Fortführung des Gewerbes im Wege stehen, sind den Ländern gestattet[4]. Da sich ferner die Gewerbefreiheit nur gegen die obrigkeitliche Gewalt richtet und nicht gegen Privatpersonen, also die Gültigkeit vertragsmäßiger Wettbewerbsverbote unberührt läßt, da sie endlich nicht die Bedeutung hat, kraft besonderen Gewaltverhältnisses bestehende Gewerbeverbote, z. B. die gegen Schüler, Insassen eines studentischen Internats, Soldaten oder Beamte[5] gerichteten, zu verhindern, so wäre die Gewerbefreiheit zu bezeichnen als gleichbedeutend mit dem Verbote, die Eröffnung und die Fortführung eines redlichen Gewerbebetriebs von Staats wegen zu untersagen oder von einer Genehmigung abhängig zu machen, es sei denn auf Grund eines Reichsgesetzes, eines allgemeinen, Gewerbe und Nicht-Gewerbe gleichmäßig treffenden Landesgesetzes oder kraft eines besonderen Gewaltverhältnisses.

c) Die GewO. unterscheidet drei Formen des Gewerbebetriebs: den stehenden Gewerbebetrieb, den Gewerbebetrieb im Umherziehen und den Marktverkehr.

---

[1] Vgl. oben S. 234. [2] Vgl. v. LANDMANN-ROHMER GewO[8]. I 1928 S. 113.

[3] Im Ergebnis ebenso SächsOVG. 27. Febr. 09 u. 13. Dez. 21, Jahrb. 26, 171ff., 187ff.; die erste Entscheidung ist erst Jahre nach ihrem Erlasse veröffentlicht worden. Vgl. auch PrOVG. 8. Juli 26, Entsch. 81, 410ff.; OLG. Dresden 26. März 30, GoltdArch. 75 (1931) S. 110f.; OLG. Karlsruhe 8. März 28, BadRpr. 1929 S. 8ff.

[4] Hierüber aufschlußreich die noch nicht erschienene Heidelb. Dissertation von KRÖGER, Zulassungs- und Ausübungsbeschränkungen im Gewerberecht.

[5] Für die letzten beiden nebst deren Angehörigen macht GewO. § $12^{II}$ einen ausdrücklichen Vorbehalt.

α) Der *stehende Gewerbebetrieb* (§§ 14ff.) läßt sich genau nur verneinend bezeichnen als der Gewerbebetrieb, der weder Gewerbebetrieb im Umherziehen ist, noch zum Marktverkehre gehört; denn die beiden letzten Formen des Gewerbebetriebs sind vom Gesetze schärfer umrissen als die erste. Begnügt man sich aber mit einer das Typische treffenden Umschreibung, so kann man den stehenden Gewerbebetrieb bezeichnen als den Gewerbebetrieb, den jemand, abgesehen von einigen Formen der Ausstrahlung, innerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts oder der dem Wohnort gleichgestellten näheren Umgebung des Wohnorts in den alltäglichen Formen ausübt.

I. Innerhalb des stehenden Gewerbebetriebes sind gewisse Arten des Gewerbebetriebs zu unterscheiden, je nachdem der Betrieb ganz frei oder weitgehenden Anweisungsmöglichkeiten unterworfen oder verbietbar oder von einem Befähigungsnachweis abhängig oder genehmigungspflichtig ist oder durch Verwaltungsakt mit Vorrechten versehen werden kann.

Im Zweifel ist die Eröffnung eines stehenden Gewerbebetriebs und seine Fortführung frei und unverbietbar. Selbstverständlich gilt dies nicht für strafbare Betriebe, wie Falschmünzereien, Bordelle, oder solche, die das Reich der öffentlichen Hand vorbehalten hat, wie die Stellenvermittlung (ALVG. § 55$^{\mathrm{I}}$). Auch nach Landesstrafrecht kann ein Betrieb schlechthin verboten sein, sofern die Strafrechtsbestimmung auch nichtgewerbsmäßige Betätigungen erfaßt, und selbst diese Schranke fällt bei den oben genannten unehrlichen und daher schutzunwürdigen Gewerben, wie denen des Gauklers und Traumdeuters. Von solchen Strafvorschriften abgesehen, sind aber die in der GewO. oder ihren Nebengesetzen nicht ausdrücklich aufgeführten Gewerbe frei und unverbietbar, also z. B. der Buchbindereibetrieb, der Betrieb eines Schlossers, eines Schreiners, eines Tapezierers, der größte Teil des Handelsgewerbes. Das einzige, was die GewO. allgemein verlangt, ist die Anzeige vom Beginne des Gewerbebetriebs an die Polizeibehörde, bei Handwerksbetrieben auch an die Handwerkskammer (§§ 14, 104u). Außerdem sind Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, zur sichtbaren Anbringung ihres Namens und gegebenenfalls der Firma verpflichtet (§ 15a).

Weitgehenden Anweisungsmöglichkeiten unterworfen ist das Straßengewerbe nach § 37 GewO. Namentlich das Droschkengewerbe[1], das Gewerbe der Dienstmänner, Fremdenführer, Stiefelputzer unterliegt der ortspolizeilichen Regelung in der Form ortspolizeilicher Vorschriften, von deren Inhalt es abhängt, ob der Betrieb zwar durch Vorschriften eingeengt, aber frei und unverbietbar, oder ob er verbietbar oder gar erlaubnispflichtig sein soll.

Bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden verbietbar sind der Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht, der Betrieb von Badeanstalten, der Handel mit lebenden Vögeln, der Trödelhandel u. dgl., der Handel mit Sprengstoffen, der Handel mit Losen, die Tätigkeit der Winkeladvokaten, andere verdächtige Berufe, der Handel mit Drogen, der Betrieb der Bauunternehmer und Bauleiter (§ 35). Während in diesen Fällen die Verwaltungsbehörde oder, wie in Preußen (ZustG. § 119$^{\mathrm{I}}$), das Verwaltungsgericht die Untersagung ausspricht, kennt § 15 des Lebensmittelgesetzes vom 5. Juli 1927[2] die aus der Kriegsgesetzgebung stammende gerichtliche Untersagung eines Lebensmittelbetriebes aus Anlaß einer strafgerichtlichen Verurteilung[3].

Eines Befähigungsnachweises bedürfen für ihren Gewerbebetrieb die Hebammen (§ 30$^{\mathrm{III}}$), die Seeschiffer, Seesteuerleute, Maschinisten der Seedampfschiffe und Lotsen (§ 31$^{\mathrm{I}}$) und, falls die Landesgesetzgebung es verlangt, die Huf-

[1] Vgl. die Grunds. d. pr. Min. d. I. f. d. Regelung des Droschkenwesens v. 15. Juli 27, MinBliV. 1927 Sp. 731 ff.; hamb. PolVO. ü. Droschken v. 11. Jan. 29.

[2] Vgl. oben S. 465.

[3] Vgl. auch § 25 VO. über Handelsbeschränkungen v. 13. Juli 23, ferner §§ 200 f. AO.

schmiede (§ 30a) und die Markscheider, d. h. die Personen, die Bergwerksanlagen vermessen (§ $34^{III}$).

Genehmigungspflichtig sind gewisse gefährliche oder lästige Anlagen und gewisse persönliche Betätigungen. Die genehmigungspflichtigen Anlagen nennt § $16^{II}$ in einem langen, durch Verordnung abänderbaren Verzeichnis; so gehören Schießpulverfabriken, Gasanstalten, chemische Fabriken, Anlagen zur Erbauung eiserner Schiffe hierher. Für die Genehmigung ist ein förmliches Verfahren angeordnet, das den Beteiligten, vor allem den Nachbarn, Gelegenheit zur Erhebung von Einwendungen gibt. Einwendungen, die auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen, z. B. daß nicht der Antragsteller, sondern der Einwendende Eigentümer des Geländes sei oder daß dem Einwendenden ein Bauverbot kraft Dienstbarkeit zustehe, sind im ordentlichen Gerichtsverfahren auszutragen, ohne daß die Genehmigung der Anlage von der Erledigung der Einwendungen abhängig gemacht wird (§ $19^{I}$). Dagegen entscheidet die Genehmigungsbehörde über die sonstigen Einwendungen, namentlich die nachbarrechtlichen, selbst, mit der Wirkung, daß der Nachbar nach Rechtskraft der Genehmigung nicht mehr die Unterlassungsklage erheben, sondern nur noch Herstellung von Schutzeinrichtungen oder Schadloshaltung verlangen kann (§ 26). Besondere Bestimmungen gelten für die Stauanlagen der Wassertriebwerke (§ $23^{I}$), für Privatschlächtereien, die nach § $23^{II}$ unter Umständen dem Schlachthauszwange weichen müssen, für die Anlegung von Dampfkesseln (§ 24), für die Errichtung durch Wind bewegter Triebwerke (§ 28), für die Errichtung oder Verlegung geräuschvoller Anlagen in der Nähe von Kirchen, Schulen, anderen öffentlichen Gebäuden, Krankenhäusern und Heilanstalten (§ 27) und für die Freilassung einzelner Ortsteile von gewissen Anlagen überhaupt (§ $23^{III}$).

Während die Genehmigung einer Anlage in ihrer Wirkung unabhängig ist von der Person des Eigentümers, wirkt die Genehmigung einer genehmigungspflichtigen persönlichen Betätigung mit ganz geringen Einschränkungen, die sich auf den Stellvertreter, die Witwe und die minderjährigen Kinder beziehen, nur auf die Person dessen, dem sie erteilt wird. Einer solchen Genehmigung[1] bedarf der Apotheker (§ $29^{I}$), der Unternehmer einer Privat-Kranken-, Privat-Entbindungs- und Privat-Irrenanstalt (§ $30^{I}$), der Schauspielunternehmer (§ 32), der Gastwirt, Schankwirt — außer mit gewissen Maßgaben bei selbsterzeugtem Wein oder Apfelwein (Straußwirtschaft) — und wer Kleinhandel mit Branntwein betreiben will (GStG. §§ 1, 10), der Veranstalter von „Varietés" u. dgl., oder wer zu solchen Veranstaltungen seine Räume benutzen lassen will (GewO. § 33a), der Darbieter von Lustbarkeiten auf Straßen oder von Haus zu Haus (§ 33b), der Pfandleiher und Pfandvermittler (§ 34), der Altmetallhändler[2] nach dem Gesetz über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23. Juli 1926, neuerdings auch der Unternehmer eines Bewachungsgewerbes[3], z. B. eine Wach- und Schließgesellschaft, sowie der Schußwaffenhersteller und -händler[4], ferner nach Maßgabe etwa erlassener oder zu erlassender Landesgesetze der Lotse, wer Handel mit Giften treiben (§ $34^{III}$), wer Tanzlustbarkeiten abhalten will (§ 33c) und, vermöge von Reichs wegen gestatteter landesrechtlicher Einführung von Kehrbezirken mit Kehrzwang, auch der Schornsteinfeger (§ 39). Ohne Kehrzwang ist der „angestellte" Bezirksschornsteinfeger nur bevorrechteter Gewerbetreibender nach Art der im folgenden genannten Personen[5].

[1] Näheres oben S. 466f., 471, 467f.

[2] Während der Edelmetallhandel nur gewissen Beschränkungen unterworfen, aber nicht genehmigungspflichtig ist: RGes. ü. d. Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen v. 29. Juni 26.

[3] § 34a nach dem G. v. 7. Febr. 27. [4] Schußwaffengesetz v. 12. Apr. 28 §§ 2, 5.

[5] Wegen der preußischen Bezirksschornsteinfeger vgl. die ausführliche, von der früheren Rechtsprechung abweichende Entscheidung des PrOVG. 15. Mai 24, Entsch. 79, 285ff.

Gewisse Personen nämlich, deren Gewerbebetrieb an sich frei ist, können durch Verwaltungsakt mit gesetzlich genau umgrenzten Vorrechten ausgestattet werden. Dies trifft bei den im § 36 genannten Feldmessern, Auktionatoren, Bücherrevisoren, Güterbestätigern, Wägern, Messern u. dgl. zu, sobald sie beeidigt und öffentlich angestellt sind, „Anstellung“ hier nicht im Sinne von Anstellung im öffentlichen Dienste[1], sondern von „Verpflichtung“ gebraucht. Nach § 36$^{\text{II}}$ beziehen sich die gesetzlichen Bestimmungen, die den Handlungen dieser Gewerbetreibenden eine besondere Glaubwürdigkeit beilegen oder an diese Handlungen besondere rechtliche Wirkungen knüpfen, nur auf solche „angestellte“ Personen. Auch der Approbation als Arzt erinnern wir uns[2], die nicht etwa Voraussetzung für die Zulässigkeit der Betätigung im Heilwesen ist, sondern im großen und ganzen dem Approbierten nur das Recht verleiht, sich als Arzt oder mit einem gleichbedeutenden Titel zu bezeichnen (§ 29$^{\text{I}}$).

II. Auch über den *Umfang* und die *Ausübung* der Befugnis zum stehenden Gewerbebetrieb enthält die GewO. nähere Vorschriften (§§ 41ff.).

Der Gewerbetreibende hat vor allem die Freiheit, sich seine *Gesellen*, *Gehilfen* und *Arbeiter* auszusuchen (§ 41$^{\text{I}}$). *Lehrlinge* allerdings darf nur halten, wer sich im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befindet (§ 126), auch kann die Befugnis zum Halten von Lehrlingen bei wiederholter grober Pflichtverletzung des Lehrherrn gegen sie oder bei Bedenken gegen den Lehrherrn in sittlicher, geistiger oder körperlicher Beziehung diesem entzogen werden (§ 126a). Strengere Vorschriften gelten für das *Handwerk*. Sieht man von einer Reihe wichtiger Ausnahmen und Übergangsbestimmungen ab, so steht in Handwerksbetrieben die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen nur solchen Personen zu, die das vierundzwanzigste Lebensjahr vollendet und eine Meisterprüfung bestanden haben (§ 129$^{\text{I}}$). Der Meisterprüfung aber geht in der Regel eine Lehrzeit von drei Jahren (§ 130a$^{\text{I}}$), die Gesellenprüfung (§§ 131ff.) und eine Gesellenzeit von abermals drei Jahren (§ 133$^{\text{III}}$) voraus. Mit bestandener Meisterprüfung erlangt der Handwerker nach Vollendung des vierundzwanzigsten Lebensjahres auch die Befugnis zur Führung des *Meistertitels* in Verbindung mit der Bezeichnung eines Handwerks (§ 133$^{\text{I}}$). Der Titel „Meister“ an sich ist also frei, nicht aber der Titel „Schreinermeister“ u. dgl.

Die Vorschriften über *Sonntagsruhe* und *Ladenschluß* sind nach ihrem ursprünglichen Zwecke Bestimmungen zum Schutze der Arbeiter und Angestellten, mußten aber zur Vermeidung einer Begünstigung des ohne Gehilfen Arbeitenden auf alle Gewerbetreibenden einer bestimmten Art ausgedehnt werden. § 9$^{\text{I}}$ der Verordnung vom 18. März 1919 bestimmt, daß in der Regel offene Verkaufsstellen mit Ausnahme der Apotheken von sieben Uhr abends bis sieben Uhr morgens geschlossen sein müssen. Der erst seit 1919 geltende völlige Ladenschluß an Sonn- und Festtagen findet seinen gesetzlichen Grund in § 105b$^{\text{II}}$ und § 41a GewO.

Besondere Vorschriften gelten für den *Straßenhandel* und den Handel der *Stadthausierer* (§§ 42a, 42b). Der Straßenhandel mit Druckschriften, anderen Schriften und Bildwerken ist nur auf Grund eines von der Ortspolizeibehörde auf den Namen des Berechtigten auszustellenden *Legitimationsscheines* zulässig (§ 43$^{\text{I}}$).

Während diese Betätigungsformen nur der in den Sprachgebrauch der GewO. nicht Eingeweihte mit dem Gewerbebetrieb im Umherziehen verwechseln kann, kennt die GewO. gewisse *Ausstrahlungen des stehenden Gewerbebetriebs* über die Grenze des Gemeindebezirkes der gewerblichen Niederlassung hinaus, die sich nur bei genauerem Zusehen vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterscheiden lassen. § 42$^{\text{I}}$ stellt sogar die Regel auf, daß die Befugnis zum selbständigen Betriebe eines stehenden Gewerbes im Zweifel auch die Befugnis in sich begreife, es außerhalb des Gemeindebezirkes der gewerblichen Niederlassung auszuüben.

[1] Vgl. oben S. 358. [2] Vgl. oben S. 465f.

So sind namentlich auswärtige Betätigungen auf vorgängige Bestellung Ausstrahlungen des stehenden Gewerbebetriebs. Der Naturheilkundige z. B., der zu einem bestimmten auswärtigen Kranken gerufen wird, darf dem Rufe Folge leisten. Sehr genau regelt die GewO. den Fall des Handlungsreisenden (§§ 44, 44a). Wer ein stehendes Gewerbe betreibt, ist befugt, auch außerhalb des Gemeindebezirkes seiner gewerblichen Niederlassung persönlich oder durch in seinem Dienste stehende Reisende für die Zwecke seines Gewerbebetriebs Waren aufzukaufen und Bestellungen auf Waren zu suchen. Doch ist das Aufkaufen nur beim Hersteller, bei Kaufleuten oder in offenen Verkaufsstellen und das Aufsuchen von Bestellungen ohne vorgängige ausdrückliche Aufforderung nur bei Kaufleuten in deren Geschäftsräumen oder bei solchen Personen zulässig, in deren Geschäftsbetriebe Waren der angebotenen Art Verwendung finden. Es handelt sich also, kurz gesagt, um Engros-Reisende. Sie bedürfen zwar keines Wandergewerbescheins, aber einer ihm vielfach nachgebildeten Legitimationskarte.

Über die Ausübung des stehenden Gewerbebetriebs durch Stellvertreter, durch die Witwe und die minderjährigen Erben (§§ 45, 46) war schon im Allgemeinen Teile die Rede (S. 212, 214).

III. Auch den Verlust der Gewerbebefugnis regelt die GewO. genau. Die ausdrücklich vorgesehenen Verlustgründe sind Nichtgebrauch, Zeitablauf, Rücknahme und Untersagung.

Durch Nichtgebrauch erlöschen die Genehmigungen zur Errichtung von Anlagen, zum Betriebe von Kranken-, Entbindungs- und Irrenanstalten, zu Schauspielunternehmungen, zum Betriebe einer Gast- und Schankwirtschaft, zum Kleinhandel mit Branntwein und zum Betriebe eines Überwachungsgewerbes, und zwar, falls nichts anderes bestimmt ist, dann, wenn der Inhaber der Genehmigung nach deren Empfang ein ganzes Jahr verstreichen läßt, ohne von ihr Gebrauch zu machen (§ $49^{I}$, GStG. § $4^{I}$). Hat er von ihr Gebrauch gemacht, aber den Betrieb später eingestellt, so erlischt die Genehmigung durch Nichtgebrauch während dreier Jahre (§ $49^{III}$), bei Gaststätten schon früher. Die Bewilligung von Fristverlängerungen ist zulässig.

Zeitablauf beendigt die Gewerbebefugnis nur, soweit sie auf Zeit erteilt werden darf. § $40^{I}$ schränkt die Möglichkeit sehr ein, doch besteht sie z. B. für die Erteilung der Erlaubnis zur Veranstaltung von Lustbarkeiten, wie Drehorgelspielen, auf der Straße.

Auch die Rücknahme kraft freier Widerrufsbefugnis ist bei den meisten Genehmigungen ausgeschlossen (§ $40^{I}$), bei den Straßenlustbarkeiten aber ohne weiteres zulässig. Auch die grundsätzlich unwiderruflichen Genehmigungen sind jedoch rücknehmbar bei Unrichtigkeit der Nachweise, auf Grund deren sie erteilt wurden, bei Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte des Gewerbetreibenden und dann, wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Genehmigung der Mangel der Eigenschaften, die bei Erteilung der Genehmigung vorausgesetzt werden mußten, klar erhellt (§ 53). Bei der Gaststättenerlaubnis ist die Rücknahmebefugnis zugleich eine Rücknahmepflicht (GStG. § 12).

Die Untersagung als allgemeinen Endigungsgrund für den Betrieb eines Gewerbes kennt die GewO. nur bei überwiegenden Nachteilen und Gefahren für das Gemeinwohl. Die nahe Verwandtschaft mit der Enteignung zeigt sich in der vom Gesetze ausdrücklich angeordneten Entschädigungspflicht, für deren Geltendmachung der Rechtsweg offensteht (§ 51).

Unter den nicht ausdrücklich genannten Endigungsgründen ist viel umstritten die Möglichkeit eines Verzichts auf die Gewerbegenehmigung. Sie ist mit der herrschenden Meinung zu bejahen (vgl. S. 216).

*β) Gewerbebetrieb im Umherziehen* ist nach § 55 der Gewerbebetrieb dessen, der außerhalb des Gemeindebezirkes seines Wohnorts oder der durch besondere Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde dem Gemeindebezirke des Wohn-

orts gleichgestellten nächsten Umgebung des Wohnorts ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person 1. Waren feilbieten, 2. Warenbestellungen aufsuchen oder Waren bei anderen Personen als bei Kaufleuten oder an anderen Orten als in offenen Verkaufsstellen zum Wiederverkauf ankaufen, 3. gewerbliche Leistungen anbieten, 4. Musikaufführungen, Schaustellungen, theatralische Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten, ohne daß ein höheres Interesse der Kunst oder der Wissenschaft dabei obwaltet, darbietet, soweit es sich nicht um eine Tätigkeit handelt, für die jene oben besprochene Legitimationskarte nach § 44a genügt, und soweit nicht bei den Betätigungen zu Ziff. 1—3 der Marktverkehr Freiheiten schafft. Will man versuchen, sich den Gewerbebetrieb im Umherziehen durch ein Wort anschaulich zu machen, so nenne man ihn den Gewerbebetrieb des Landhausierers.

Der Landhausierer bedarf eines Wandergewerbescheins. Die Bekanntmachung des Bundesrats vom 27. November 1896 unterscheidet drei Arten von Scheinen: einen gelben für Lustbarkeiten, einen grauen für die sonstigen Betätigungen, wenn ein Deutscher sie ausübt, einen roten bei Ausübung der gleichen Tätigkeiten durch einen Ausländer. Die GewO. begünstigt den grauen Schein. Allerdings sind gewisse Betätigungen im Wandergewerbe schlechthin verboten, wie der Handel mit gebrauchten Kleidern, mit Gold- und Silberwaren, die Ausübung der Naturheilkunde (§§ 56, 56a, 56c), in bestimmten Fällen muß der Wandergewerbeschein versagt werden, z. B. Personen, die unter Polizeiaufsicht stehen (§ $57^{2}$), oder ist er in der Regel zu versagen, z. B. Personen unter fünfundzwanzig Jahren (§ $57a^{1}$), in anderen Fällen darf er versagt werden, z. B. wenn der Nachsuchende im Inlande keinen festen Wohnsitz hat oder wenn für den Unterricht seiner schulpflichtigen Kinder nicht genügend gesorgt ist (§ $57b^{1, 4}$). In allen sonstigen Fällen aber hat der Nachsuchende einen Rechtsanspruch auf Erteilung des Scheines, und der erteilte Schein gilt für ein ganzes Kalenderjahr und für das gesamte Reichsgebiet (§ $60^{I}$). Im Gegensatze dazu wird bei Erteilung des gelben und des roten Scheines immer noch die Bedürfnisfrage geprüft[1], auch gilt der Schein nur für den Bezirk der ausstellenden Behörde und bedarf, wenn er noch in einem andern Bezirke gelten soll, der Ausdehnung, die auch für kurze Zeit oder für bestimmte Tage erteilt werden und wegen mangelnden Bedürfnisses abgelehnt werden kann[2]. Der (rote) Ausländerschein braucht nicht für ein ganzes Kalenderjahr ausgestellt zu werden[3]. Der (gelbe) Lustbarkeitsschein hat noch den weiteren Nachteil, daß sein Inhaber einer besonderen vorgängigen Erlaubnis der Ortspolizeibehörde bedarf, wenn er das Gewerbe von Haus zu Haus oder auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder an anderen öffentlichen Orten ausüben will (§ 60a). Über die Erteilung des Wandergewerbescheins beschließt in Berlin der Polizeipräsident, im übrigen Preußen der Bezirksausschuß, bei Ausländern der Regierungspräsident.

Für das Feilbieten selbstgewonnener oder roher Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft, des Garten- und Obstbaues, der Geflügel- und Bienenzucht und selbstgewonnener Erzeugnisse der Jagd und Fischerei und in einigen anderen Fällen, wie Feilbieten selbstverfertigter Waren im Umkreise von 15 Kilometern vom Wohnort gerechnet oder selbstgewonnener Erzeugnisse und selbstverfertigter Waren vom Schiffe aus, bedarf es keines Wandergewerbescheins (§ $59^{I\ 1-3}$). Wer bei öffentlichen Festen, Truppenzusammenziehungen oder anderen außergewöhnlichen Gelegenheiten Waren feilbieten will, z. B. der Marketender, bedarf nur der Erlaubnis der Ortspolizeibehörde (§ $59^{I\ 4}$). Doch sind diese Betätigungen unter bestimmten Voraussetzungen untersagbar (§ 59a).

γ) Als dritte Form des Gewerbebetriebes nennt die GewO. noch den *Marktverkehr* (§§ 64ff.). Marktluft macht auch heute noch frei, frei nämlich von den

[1] §§ $57^{5}$, 56d, Bek. v. 27. Nov. 96 II A 4. [2] GewO. § $60^{II}$, Bek. II A 6, 8.
[3] Bek. II A 8.

Beschränkungen des Gewerbebetriebs im Umherziehen und von besonderen Steuern. Nur für Lustbarkeiten bedarf es, auch wenn sie auf Märkten dargeboten werden, eines Wandergewerbescheins (§ 55^II^).

Das Gesetz unterscheidet Wochenmärkte, Jahrmärkte, Messen und Spezialmärkte. Kein Markt kann ohne behördliche Genehmigung entstehen. Für die Genehmigung von Wochenmärkten ist in Preußen der Bezirksausschuß zuständig, von Jahrmärkten und Spezialmärkten der Provinzialrat, von Messen das Staatsministerium.

Gegenstände des Wochenmarktes sind nur rohe Naturerzeugnisse mit Ausschluß des größeren Viehes, frische Lebensmittel aller Art und Fabrikate, deren Erzeugung mit der Land- und Forstwirtschaft, dem Garten- und Obstbau oder der Fischerei in unmittelbarer Verbindung steht oder zu den Nebenbeschäftigungen der Landleute der Gegend gehört oder durch Taglöhnerarbeit bewirkt wird, mit Ausschluß der geistigen Getränke (§ 66^I^); doch kann der Bezirksausschuß die Liste ergänzen (§ 66^II^).

Auf Jahrmärkten dürfen außerdem Verzehrungsgegenstände und Fabrikate aller Art feilgehalten werden, z. B. gebrannter Kaffee, Schokolade, Kleider. Doch bedarf es zum Verkaufe geistiger Getränke zum Genuß auf der Stelle der Genehmigung der Ortspolizeibehörde (§ 67).

Für Messen, d. h. die für den Großhandel bestimmten Märkte (Leipziger Messe!), enthält die GewO. Bestimmungen über die Erhebung von Beiträgen (§ 68^II^), für Spezialmärkte, z. B. Viehmärkte, nur die Vorschrift, daß es bei den bestehenden Anordnungen, etwa alten Observanzen, sein Bewenden hat, daß aber die zuständige Behörde mit Zustimmung der Gemeindebehörde Erweiterungen des Marktverkehrs anordnen kann (§ 70). Eine dem Spezialmarkt verwandte Einrichtung, die Börse, mit ihren amtlichen Kursnotierungen und Vorschriften über die Zulassung zum Börsenbesuch[1], hat ihre Regelung im Börsengesetz des Reichs vom 27. Mai 1908 gefunden. Die Errichtung einer Börse bedarf der Genehmigung der Landesregierung, die die unmittelbare Aufsicht über sie den Handelskammern übertragen kann (§ 1).

Im Einverständnisse mit der Gemeindebehörde kann die Ortspolizeibehörde eine Marktordnung erlassen (§ 69)[2]. Der häufige Versuch, auf diese Weise den Marktzwang einzuführen, d. h. das Verbot, während des Marktes eine zum Marktverkehr zugelassene Ware innerhalb des Gemeindebezirks anderswo zu verkaufen als auf dem Markte, scheitert, soweit nicht besondere Gesetze ihn zulassen[3], immer wieder an dem berechtigten Widerstande der Gerichte[4].

d) Da von den Innungen, Innungsausschüssen, Innungsverbänden und Handwerkskammern (Titel VI) schon im Zusammenhange mit der Darstellung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Rede war (S. 180ff.) und da der siebente Titel der GewO. über die gewerblichen Arbeiter seit Verselbständigung des Arbeitsrechts zu diesem gehört, so ist nur noch kurz auf den Abschnitt über die gewerblichen Taxen (Tit. V) einzugehen.

Nach Abbau der Kriegswirtschaft mit ihren Vorschriften über Höchstpreise und Preistreiberei[5] gilt wieder der Grundsatz des § 72, daß polizeiliche Taxen für Waren und Dienstleistungen unstatthaft sind. Doch läßt die GewO. gewisse Ausnahmen zu. Hierbei sind zu unterscheiden selbstgewählte Taxen, behördlich angeordnete Taxen und Taxen für den Zweifelsfall.

---

[1] Über die Eigenschaft der Zulassung bei geschlossenen Börsen als Verwaltungsakt richtig Göppert, Rechtl. Natur d. Zulassung 1931 S. 40ff.

[2] Vgl. z. B. VO. d. PolDirektion in Bremen v. 28. Aug. 26.

[3] Z. B. VO. über Handelsbeschränkungen v. 13. Juli 23 § 51, aufgehoben durch G. v. 19. Juli 26 Art. II Ziff. 3.

[4] Vgl. aus neuerer Zeit OLG. Dresden 23. Dez. 25, SächsThürArchR. 3 (1926) S. 203ff.; BayObLG. 10. März 27, SammlSt. 27, 71ff.

[5] VO. v. 13. Juli 23 (RGBl. I S. 699) Art. II; G. v. 19. Juli 26 Art. I.

α) *Selbstgewählte Taxen* sind die Verkaufspreise für Backwaren und die von den Gastwirten festgesetzten Preise. Die Ortspolizeibehörde kann nämlich die Bäcker und die Verkäufer von Backwaren anhalten, die Preise und das Gewicht der verschiedenen Backwaren für gewisse, von der Behörde zu bestimmende Zeiträume durch einen von außen sichtbaren Anschlag an der Verkaufsstelle zur Kenntnis der Allgemeinheit zu bringen (§ 73^I^). Ähnliches gilt für die von den Gastwirten festzusetzenden Preise, nur daß der Gastwirt sie jederzeit, also ohne, wie der Bäcker, an Fristen gebunden zu sein, ändern kann (§ 75). Auf die Höhe der Preise wirkt die Behörde nicht ein. Einmal bekanntgegeben, binden sie den Bäcker, den Verkäufer, den Gastwirt, allerdings nur nach oben.

β) *Behördlich angeordnete Taxen* kennt die GewO. für das Straßengewerbe, also namentlich für die Dienstmänner und die Droschkenführer (§ 76), für die Bezirksschornsteinfeger (§ 77), für die vereidigten Feldmesser, Auktionatoren, Bücherrevisoren u. dgl. (§ 78) und für die Apotheker (§ 80^I^). Auch diese Taxen binden nur nach oben (§§ 79, 80^I^)[1]. Dagegen können die Innungen ihren Mitgliedern auch Mindestpreise vorschreiben, nur den Zwangsinnungen ist es verboten (§ 100q). In diesem Zusammenhange seien auch einige Vergesellschaftungsgesetze, nämlich das Gesetz über die Regelung der Kohlenwirtschaft vom 23. März 1919 und das über die Regelung der Kaliwirtschaft vom 24. April 1919 sowie die Verordnung zur Regelung der Eisenwirtschaft vom 1. April 1920 erwähnt. Nach den Ausführungsbestimmungen vom 21. August 1919 zum ersten Gesetze bestimmt der Reichskohlenverband die Brennstoffverkaufspreise (§ 61), der Reichswirtschaftsminister kann sie herabsetzen (§ 112), die Festsetzung der Kleinverkaufspreise liegt örtlichen Stellen ob (§§ 113, 117). Die Durchführungsvorschriften vom 18. Juli 1919 zum Kaliwirtschaftsgesetz ermächtigen den Reichskalirat zur Festsetzung der Inlandsverkaufspreise (§ 55), die zugleich Mindestverkaufspreise für das Ausland sind (§ 87). Ebenso regelt der Eisenwirtschaftsbund die Preise gewisser Eisenrohstoffe und -fabrikate (EisWiVO. § 12)[2].

γ) Als *Taxen für den Zweifelsfall* endlich nennt die GewO. noch die von den Zentralbehörden der Länder zu erlassenden Gebührenordnungen für approbierte Ärzte aller Art (§ 80^II^)[3]. Die hierin enthaltenen Sätze gelten nur als Norm für streitige Fälle beim Mangel einer Vereinbarung.

## § 22. Die öffentlichen Sachen und Anstalten. — Grundzüge des Schulrechts.

Otto Mayer II S. 39ff., 57ff., 73ff., 89ff., 95ff., 268ff., 284ff.; Fleiner S. 321ff., 351ff., 361ff., 366ff.; Schoen S. 281ff., 284ff.; Hatschek S. 433—470; Loening S. 373ff., 565ff., 584ff., 596ff., 646ff., 733ff.; G. Meyer-Dochow S. 203ff., 358ff., 432ff., 457ff.; Herrnritt S. 229ff., 238ff., 377ff.; E. Kaufmann im WStVR. III S. 707ff.; Kormann-List S. 105ff., 5ff.; WürttVRO. S. 532ff., 412ff.

Most Art. „Kämmereivermögen" im HWBKommunalW. II S. 579; Regula Die Allmenden der Pfalz 1927; E. Walz Bürgerrecht und Bürgernutzen im badischen Recht 1930; Hook Die Allmenden (Ortsbürgernutzungen) in Hessen 1927; Rieck Einliegerland in Mecklenburg-Strelitz, MecklZ. 43 (1927) S. 189ff.

Otto Mayer Art. „Öffentliche Sachen" im WStVR. III; Eisele Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach röm. Recht, Basler Universitätsprogramm 1873; A. Pernice Die sog. res communes omnium, Berl. Festg. f. Dernburg 1900; Karadže-Iskrow Les choses publiques en droit Romain 1928; Biermann Die öffentlichen Sachen, Gießener Universitätsprogramm 1905; Kloess Die allgemeinen Sachen Luft und Wasser nach geltendem Rechte 1907; W. Moll Zur Lehre von den öffentlichen Sachen, Gruch. 54 (1910) S. 313ff.; RegRat. Peters Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlichrechtl. Eigentums in bes. Beziehung auf Stücke aus Archiven, VerwArch. 24 (1916) S. 167ff.; v. Almsick Die Rechtsstellung des Privateigen-

[1] Vgl. PrOVG. 29. Okt. 14, Entsch. 68, 399ff.

[2] Vgl. auch VO. v. 27. März 31 (Zuckerindustrie).

[3] Vgl. pr. GebO. f. Ärzte und Zahnärzte v. 25. Febr./1. Sept. 24, Pr. MinBl. „Volkswohlfahrt" 1924 S. 94ff., 371ff.

tümers von Sachen des Gemeingebrauchs 1928; GERBER S. 39ff. — OTTO MAYER Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, ArchÖffR. 21 (1906) S. 499ff.; DERSELBE Neues vom öffentlichen Eigentum, ArchÖffR. 39 (1920) S. 77ff.; H. SCHELCHER Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum, FischersZ. 48 (1918) S. 345ff.; FRIEDRICHS Eigentum an öffentlichen Wegen, Gruch. 62 (1918) S. 456ff.; DERSELBE Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, ArchÖffR. 40 (1921) S. 257ff.; W. MÜLLER Eigentumsbegriff und Wasserrecht, FischersZ. 63 (1929) S. 129ff.; BEHR Öff. Grund u. Staatsgrund im hamb. Verwaltungsrecht, HansRGZ. A 13 (1930) Sp. 135ff.

ZORN, SCHREIBER u. a. Art. „Wegerecht" im WStVR. III; FRIEDRICHS Art. „Wegerecht" im HWBRW. VI 1929. H. SCHELCHER Der öffentliche Weg, FischersZ. 31 (1906) S. 1ff.; GUBA Grundlagen des Wegerechts 1917; RegAss. Dr. SCHMIDT Grundbegriffe des Wegerechtes, FischersZ. 47 (1918) S. 1ff. — GERMERSHAUSEN-SEYDEL Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Aufl. seit 1929 im Ersch.; VOSS Pr. Wegerecht 1930 (Texte); v. ESCHSTRUTH Der öffentliche Weg (pr. u. franz. Recht) 1902; LASSAR Grundbegriffe des preußischen Wegerechts 1919; KERSTEN Wegepolizeirecht, in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze II[21] 1928 S. 818ff.; v. HIPPEL WegeO. f. Ostpreußen 1912; JUST WegeO. f. Westpreußen 1906; HECHT WegeO. f. Posen 1909; FRIEDENTHAL Pr. Wegerecht m. bes. Berücks. d. schles. Provinzialrechts 1906; RIEMANN Das schlesische Auenrecht[3] 1911; KÜHL Wegegesetzgebung d. Prov. Schleswig-Holstein[2] 1891; LOOMANN Die Rechtsverhältnisse öff. Straßen i. Pr. m. bes. Berücks. d. Provinz Hannover 1917; HEDDEN Wege- u. Wegeverkehrsgesetzgebung f. Hannover 1930; ECKER Rhein. Wegerecht 1916. v. BEZOLD Pfälz. Recht d. Gemeindewege, BlAdmPr. 65 (1915) S. 209ff.; NEFF Öff. Wege, BayVerwBl. 74 (1926) S. 420ff.; Aufsätze z. bay. Wegerecht von STEINBACH BayVerwBl. 77 (1929) S. 113ff., 145ff., R. MAYER ebenda 78 (1930) S. 225ff. v. HAEBLER Wegerecht i. Sachsen 1913; KORMANN Grundzüge d. sächs. Wegerechts, FischersZ. 43 (1914) S. 1ff. BOSCH Grundsätze d. öff. Wegerechts (i. Württ.) WüRV. 2 (1909) S. 267f.; DÖRR Straßenbau u. Straßenwesen, Zusammenst. d. württ. Gesetze usw.[6] 1924; ZAHN Wegerecht in Württ., WüRV. 17 (1924) S. 151ff., 164ff., 181ff.; 23 (1930) S. 75ff., 83ff.; HOFACKER Aus dem Wegerecht, ABlWüInnMin. 1928 S. 215ff. (dazu die Aufsätze von VON HALLER u. HOFACKER i. d. WüRV. 21, 1928, S. 145ff., 182f.). SOMMER Das thür. Wegegesetz, RVerwBl. 50 (1929) S. 665f. FEY Das hessische Straßenwesen 1928. HAWELKA Die Rechte an öff. Wegen in Österreich 1910; BUCHER-ENGELHART Steiermärkische Landesgesetze VII: Straßen und Wege 1927. — E. WALZ Bad. Ortsstraßenrecht 1900; FLAD Bad. Ortsstraßengesetz 1909; R. FRIEDRICHS-v. STRAUSS u. TORNEY-SASS Pr. Straßen- u. Baufluchtengesetz[6] 1920; SARAN desgl.[2] 1921; O. MEYER desgl. 1913; HÜLS Das Straßenwesen d. Stadtgemeinden nach pr. Verwaltungsrecht 1915.

OTTO MAYER Art. „Flüsse", „Kanäle" im WStVR. I, II; HERMES, HOLTZ, KLOESS Art. „Gewässer" im WStVR. II; W. SCHMIDT Art. „Wasserrecht" im HWBRW. VI 1929; SPIESER Art. „Grundwasser i. wasserrechtl. Beziehung" im HWBKommunalW. II; Dr. SCHMIDT-Dresden Zur Frage d. rechtl. Behandlung d. Gewässer, Gruch. 52 (1908) S. 813ff. — Kommentare zum preuß. Wassergesetz von HOLTZ-KREUTZ[2] (kl. Ausg.) 1922, HOLTZ-KREUTZ-SCHLEGELBERGER (groß. Ausg.) I[3 u. 4] 1927, II[4] 1931, HERMES 1913, GOTTSCHALK 1913, WULFF u. HEROLD[2] 1928, LENHARD u. REICHAU 1918, BORN 1926, SCHLEGELBERGER 1929 (in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze III[17] S. 1ff.). MÜLLER-LUCANUS Pr. Wasserpolizeirecht 1922; KERN Wasserwirtschaft und Wasserrecht 1927; FRIEDRICHS Wasserrecht, Stusev. 9 (1928) S. 349ff. u. Forts. Entscheidungen d. pr. Landeswasseramts I—IV 1921 bis 1924. — EYMANN-SCHUBERT Bay. Wassergesetz[2] I 1926, II 1928, III 1929; BRENNER-FERGG desgl.[2] 1928. W. SCHELCHER Sächs. Wassergesetz[2], 2 Bände 1915. NIEDER Württ. Wassergesetz 1902; HALLER desgl. 1902; HOFACKER Württ. Wasserrecht 1927; DEUTELMOSER Wasserbau und Wasserrecht i. Württemberg (Normenüberblick) 1928. SCHENKEL Bad. Wasserrecht[2] 1902; WIENER Bad. Wasserrecht (Ergänzung z. vorigen) 1913; v. BAYER-EHRENBERG Bad. Wasserrecht, Mitt. d. deutschen Wasserwirtschafts- u. Wasserkraftverbandes Nr. 16 (1926). KÖTTGEN u. a. Juristische u. wirtschaftl. Gedanken z. thür. Wasserrecht, Heft 1 d. Beiträge z. Wasserwirtschaft 1925. MEIXNER Gesetze betr. die (tschechosl.) Wasserwirtschaft 1926. — OSSIG Röm. Wasserrecht 1898. — SCHLEGELBERGER Gutachten ü. d. Entw. e. RWasserstraßengesetzes, v. 8. Aug. 21, im Auftr. d. RVerkehrsmin. erstattet; BEHR Grundlagen des Reichswasserrechts, HansRZ. 1923 Sp. 55ff. — SCHULTHESS Internat. Wasserrecht 1915. — Zeitschr. f. d. ges. Wasserwirtschaft 1.—15. Jg. 1906—1920; Zeitschr. f. Agrar- u. Wasserrecht, seit 1921.

OTTO MAYER Art. „Fähren" im WStVR. I; BORCHARD D. staatl. Fährregal, ZAgrR. (1928/29) S. 115ff.; HARTMANN D. Recht d. öff. Fähren im hamb. Staatsgebiet, HansRZ. 1917/18 Sp. 521ff.; LASSALLY desgl., HansRZ. 1927 Sp. 87ff., ferner Sp. 923ff. — L. VOSSEN Das Recht des Meeresstrandes, Z. f. d. ges. Wasserwirtschaft 2 (1907) S. 362ff.; FR. HESSE Eigentum am Meeresstrande, Kieler Diss. 1911; KISKER Meer u. Meeresküste, PrVerwBl. 39 (1918) S. 361ff.; HELFRITZ Der Meeresstrand im pr. öff. Recht, Festg. f. d. PrOVG. 1925 S. 62ff.; CASPER Der Meeresstrand, RVerwBl. 49 (1928) S. 437ff.; WILLERT Rechtsverhältnisse am meckl. Meeresstrand 1929; LAUE Gemeingebrauch am Meeresstrande, VerwArch. 34 (1929) S. 297ff., 417ff.; BUNDIS Eigentum am Anwachslande d. Meeres, ZAgrR. 13 (1930) S. 97ff.; VOGEL Gemeingebrauch am Meeresstrand i. pr. Recht, Kieler Diss. 1931. Vgl. auch LAUE im

PrVerwBl. 48 (1927) S. 377ff. und RODENBERG Akten zum Hafenprozeß der Stadt Kiel, Mitt. d. Ges. f. Kieler Stadtgeschichte 23. Heft 1908. — ANSCHÜTZ Art. „Deichwesen" im HWBStW. III[4] 1926; HERMES u. HOLTZ Art. „Deichwesen" im WStVR. I; BOCHALLI Das Deichrecht, VerwArch. 30 (1925) S. 432ff.; H. SCHRÖDER Deichwesen i. Schleswig-Holstein 1906; BEHR Deich und Deicheigentum, HansRZ. 1917/18 Sp. 651ff. — Die oben S. 449 angegebenen Schriften über Luftrecht von BUSSE und andern. — GRÄSSEL Art. „Friedhöfe" im HWBKommunalW. II; QUARCK Art. „Begräbniswesen" ebenda; BUCH Recht d. kommunalen Begräbnisplätze, Pr. Kommunalarchiv 7 (1917) S. 16ff.; BRUNNER Friedhofsrecht, PrVerwBl. 46 (1925) S. 49ff.; DERSELBE Friedhofs- und Bestattungsrecht 1927; DERSELBE Die Friedhöfe im preußischen Recht, PrVerwBl. 49 (1928) S. 35ff.; GUILLAUME Friedhofsrecht, Stusev. 1926 S. 143ff., 175ff.; LEHMANN Begräbnisplätze, ebenda 1929 S. 333ff.; DORNSEIFF Friedhofs- u. Bestattungswesen i. d. politischen Gemeinden Preußens, FischersZ. 65 (1930) S. 145ff.; A. HOFMANN Die konfess. Trennung d. Friedhöfe i. d. Pfalz, BlAdmPr. 56 (1906) S. 27ff.; EHRENSPECK Bay. Bestattungsrecht, AnnDR. 1929 S. 400ff.; BRUNNER Sächs. Friedhofs- und Begräbnisrecht, FischersZ. 60 (1927) S. 329ff., 61 (1927) S. 253ff.; HARTENSTEIN Gemeingebrauch von Gemeindefriedhöfen, WüRV. 16 (1923) S. 15f.; HÄFFNER Friedhof- u. Gräberrecht, „Die Verwaltungspraxis" 3 (1929) S. 139ff., 187ff.; HAWELKA Studien z. österr. Friedhofsrecht 1904. — W. JELLINEK Grabreden auf kirchlichen Friedhöfen, Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 124ff.

KLUCKHUHN Recht der Wirtschaftswege 1904; FÜSSLEIN desgl., ThürGemKrZ. 3 (1930) S. 49ff., 66ff. — BÖTCHER Wegebaupflicht Privater in Schleswig-Holstein, Kieler Diss. 1926. — OTTO MAYER Eisenbahn und Wegerecht, ArchÖffR. 15 (1900) S. 511ff., 16 (1901) S. 38ff., 203ff. Über Eisenbahn- und Wegekreuzungen auch W. SCHELCHER EisenbE. 13 (1897) S. 263ff., MERK BadVerwZ. 1910 S. 81ff., PARISIUS PrVerwBl. 48 (1927) S. 242f., 556f., HESSEL BayVerw.-Bl. 76 (1928) S. 209ff., ERNST HEYMANN Gruch. 70 (1928) S. 1ff. (dazu HEILFRON EisenbE. 48, 1929, S. 197ff.), E. HEYMANN ZSelbstv. 13 (1930) S. 393ff., EYERMANN BayGemZ. 41 (1931) Sp. 256ff., 280ff. — HARTMANN Haftung d. Staates u. d. Gemeinde für Verkehrssicherheit auf öff. Wegen, PrVerwBl. 37 (1916) S. 565ff.; HOFACKER Verkehrssicherungspflicht 1929; DERSELBE Bestreuen d. Straßen bei Glatteis, ABlWüInnMin. 1930 S. 43ff.

SCHULTZENSTEIN Die Widmung z. öff. Wege, VerwArch. 28 (1921) S. 169ff., dazu FRIEDRICHS PrVerwBl. 42 (1921) S. 3ff.; SCHULTZENSTEIN Zur Inanspruchnahme von Wegen f. d. öff. Verkehr, VerwArch. 27 (1919) S. 394ff., dazu FRIEDRICHS PrVerwBl. 41 (1920) S. 341ff. — PARISIUS Straßensperrungen, RVerwBl. 50 (1929) S. 264ff. — SCHULTZENSTEIN Zur Einziehung öff. Wege, VerwArch. 23 (1915) S. 165ff.; DERSELBE Die Neugestaltung der Einziehung öff. Wege, VerwArch. 27 (1919) S. 334ff.; FRIEDRICHS Einziehung öff. Wege, PrVerwBl. 39 (1918) S. 491f.

BERING Das Recht d. Anlieger an einer Straße 1898; W. v. BLUME desgl., Festg. f. SCHIRMER 1900 S. 101ff.; APELT Gibt es ein Recht des einzelnen auf Benutzung der öff. Wege ? FischersZ. 30 (1906) S. 97ff.; VOSSEN Der Gemeingebrauch am Wasser 1911; LAUE Der Gemeingebrauch im pr. Wasserrecht, VerwArch. 33 (1928) S. 1ff.; GERMERSHAUSEN Die Beziehungen des Gemeingebrauchs im Wassergesetze zur Fischerei, ZAgrR. 10 (1928) S. 17ff.; SCHLEGELBERGER Rechtsnatur d. Gemeingebrauchs, ZAgrR. 11 (1929) S. 289ff.; NEBINGER Gemeingebrauch u. Polizeigewalt, WüRV. 23 (1930) S. 97ff.; die oben zum Recht des Meeresstrandes angeführten Schriften. STELLING Jagdrecht auf den Reichswasserstraßen, JW. 1925 S. 1085ff.; FRIEDRICHS Lastautos auf öff. Wegen, PrVerwBl. 42 (1921) S. 532ff.; GORDAN Straßeneigentum und moderne Reklame, PrVerwBl. 48 (1927) S. 61ff.; STAMMLER Das Recht des Gebrauches öffentlicher Straßen, Gruch. 70 (1929) S. 129ff.; HOFACKER Zur Lichtreklame im Straßenraum, RVerwBl. 50 (1929) S. 613ff.; DÖMEL Hochantennen über öffentlichen Straßen, ThürRdsch. 5 (1928) S. 153ff. — POTSCHTER Wesen und Recht der Konzession (Verleihung) in Deutschland und Sowjetrußland 1928. — NOTTEBOHM Privatrechte an öff. Wegen und Nutzung über d. Gemeingebrauch hinaus nach pr. Recht, PrVerwBl. 37 (1916) S. 697ff.; STEINBACH Die öff. Wegservituten, BayVerwBl. 74 (1926) S. 353ff., 75 (1927) S. 261ff.; DITTMANN desgl., ebenda 75 (1927) S. 49ff., 70ff., 77 (1929) S. 343ff.; GRAF desgl. (f. Württemberg), WüRV. 7 (1914) S. 140ff.; WETZEL Rechte Privater an öffentlichen Straßen, HessZ. 52 (1928) S. 65f. — STOERK Verleihung von Straßenbahnlinien im Zustimmungsverfahren, EisenbE. 24 (1908) S. 73ff.; THEISSIG Straßenbahngesellschaften u. „Straßenbenutzungsverträge", FischersZ. 37 (1910) S. 1ff.; FLEISCHMANN Grenzen der Rechtswirksamkeit e. Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen, Gruch. 61 (1917) S. 689ff., dazu HARTMANN EisenbE. 35 (1918/19) S. 310ff.; SCHMIDT-ERNSTHAUSEN Privatanschlußbahn-Konzessionen, EisenbE. 31 (1914/15) S. 18ff., 266ff.; THOMA Die Gasröhrenkonzession, ArchÖffR. 38 (1918) S. 307ff. — SCHÜL Verleihung bes. Rechte an Wasserläufen, Heidelb. Diss. 1930. BOCHALLI Verleihung von Wassernutzungsrechten n. d. pr. Wasserges. 1923; BORCHARD Die staatl. Genehmigung v. Brückenbauten, RVerwBl. 50 (1929) S. 67ff.; HÜTTNER Festsetzung der Wasserhöhe bei Triebwerken und Stauanlagen, BayVerwBl. 75 (1927) S. 433ff.; W. APELT Rechtl. Natur d. Erlaubnis besond. Wasserbenutzung nach d. sächs. Wassergesetz, FischersZ. 46 (1917) S. 325ff.f; HALLER Zur rechtl. Eigenschaft d. an öff. Gewässern bestehenden besond. Nutzungsrechte, WüRV. 18 (1925) S. 61f.; WILH. MERK Das wasserrechtl. Heimfallrecht, BadVerwZ. 1924 S. 25ff. — LAUE Die Bedeutung der Bade-

konzession, PrVerwBl. 48 (1927) S. 377ff. LASSALLY Die Rechtsnatur der Konzession des Fährbetriebes in Hamburg, HansRZ. 1927 Sp. 923ff.

KORMANN Art. „Öffentliche Anstalt“ im WStVR. III; STIER-SOMLO Art. „Gemeindeanstalten“ im HWBRW. II 1927; W. BÜHLER Öff.-rechtl. Anstalt, Zürch. Diss. 1928; HADORN Öff. Anstalt, Bern. Diss. 1929. LUDEWIG Die Regiebetriebe der Gemeinden 1927 (dazu die vom Verbande der Gemeinde- und Staatsarbeiter verlegten „Schriften zur Aufklärung und Weiterbildung“ Nr. 23, 32, 33, 37/38, 1927—28); KÖTTGEN Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht 1928; FRIEDRICHS Das Recht der Versorgungsbetriebe 1928; L. RICHTER u. KÖTTGEN Verwaltungsrecht d. öff. Anstalt, VStaatsRL. 6 (1929) S. 69ff., 105ff., Aussprache S. 144ff.; NIPPERDEY Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch 1929; K. HOOK Rechtscharakter der kommunalen Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke, Heidelb. Diss. 1931. — KORMANN Erhebung öffentlicher Abgaben für die Kostendeckung „gewerblicher Unternehmungen“ von Gemeinden und Kommunalverbänden, PrVerwBl. 34 (1913) S. 393ff.; VON COSSEL „Gewerbliche Gemeindeunternehmungen“ und „Gemeindeveranstaltungen“ nach § 3 und § 4 KAbgG., Pr. Kommunalarchiv 4 (1913) S. 613ff.; NÖLL-FREUND-SURÉN KAbgG.[9] 1931, zu §§ 3, 4. Zum Recht der bay. Gemeindeanstalten MARTIN BayGemZ. 38 (1928) Sp. 505ff., 529ff., 40 (1930) Sp. 201ff., 41 (1931) Sp. 198ff., 227ff., KIMMERL AnnDR. 1929 S. 337ff., BayGemZ. 41 (1931) Sp. 180ff., RAMBECK ebenda Sp. 329ff.

v. STEPHAN-SAUTTER Geschichte der preußischen Post 1928; SCHNEIDER 20 Jahre Postrecht, 2 Bde. 1928; KÜSGEN u. a. Handwörterbuch des Postwesens 1927; FISCHER-STAEDLER Die deutsche Post- u. Telegraphengesetzgebung[7] I 1929, II 1930; SCHOLZ Post-, Telegraphen- u. Fernsprechrecht, EHRENBERGS Handb. d. Handelsrechts V 2 (1915) S. 573ff.; HELLMUTH System d. deutschen Post-, Telegraphen- und Fernsprech-Verkehrsrechts 1929 (dazu Bespr. v. STAEDLER ArchÖffR. 58, 1930, S. 464ff.); DERSELBE Die wichtigsten staats- u. verwaltungsrechtlichen Grundbegriffe f. d. Post- und Fernmeldedienst 1931. ASCHENBORN-SCHNEIDER G. ü. d. Postwesen[2] 1928; NIGGL Deutsches Postrecht[2] 1931; SCHNEIDER Postrechtspraktikum 1927. NAWIASKY Deutsches u. österr. Postrecht I 1909. WOLCKE Telegraphenrecht, 2 Teile 1911; STAEDLER Art. „Telephonrecht“, HWBRW. V 1928; NEUGEBAUER Fernmelderecht mit Rundfunkrecht[3] 1929; DERSELBE Die neue Rundfunkgesetzgebung, ArchFunkR. 3 (1930) S. 155ff.; HEGENDORF Wirtschaftsfunkrecht 1929. — Archiv für Post- und Telegraphie; Archiv für Funkrecht. — STAEDLER Quellenkritische Beiträge zur Lehre vom sog. Postbeförderungsvertrag, Gruch. 65 (1921) S. 523ff.; DERSELBE Die Reichspost als „Betriebsverwaltung“ des öff. Rechts, ArchÖffR. N. F. 3 (1922) S. 193ff.; HELLMUTH Die Entwicklung der Rechtsidee von der öff. Anstalt im Geschäftsbereich d. deutsch. Reichspost, EisenbE. 43 (1926) S. 154ff., 251ff., 349ff.; DERSELBE zum gleichen Problem in AnnDR. 1929 S. 189ff., LeipzZ. 1930 Sp. 801ff., VerwArch. 36 (1931) S. 224ff. WOLCKE D. Fernsprechnebenanschluß, EisenbE. 27 (1911) S. 255ff., 376ff.; WALTHER Das Fernsprechanschlußverhältnis — ein öffentlicher Vertrag, VerwArch. 34 (1929) S. 229ff. BÜRGIN Rechtsnatur der Rundfunkgenehmigung, ArchFunkR. 1 (1928) S. 625ff. (hierzu NEUGEBAUER ebenda 2, 1929, S. 1ff.); LIST Antennenrechts Rettung, ebenda S. 424ff.; STORCK Rundfunkpolizei-Rundfunkmonopol, PrVerwBl. 46 (1925) S. 407ff.; FRIEDRICHS Antennenpolizei, PrVerwBl. 49 (1928) S. 129ff. Über Polizeiverordnungen gegen Rundfunkstörungen vgl. mein S. 422 genanntes Gutachten. — NAWIASKY Der VGH. u. d. rechtl. Natur d. Verhältnisses zw. Telephonanstalt u. Publikum, ÖAGZ. 63 (1912) S. 241ff.; KÖSTLER Österr. Post- u. Telegraphenrecht 1925; DERSELBE Natur d. österr. Postrechts, GrünhutsZ. 42 (1916) S. 263ff.

RIESS Art. „Schlachthöfe“ im HWBKommunalW. III. — LUPPE Art. „Arbeitsanstalten u. Arbeitszwang“ ebenda I. — GLOCKNER Bad. Gebäudeversicherungsgesetz 1903. — WOLFSTIEG Art. „Bibliotheken“ im WStVR. I; FRANKE Der Leihbetrieb d. öff. Bibliotheken 1905; GRAVENHORST Art. „Museen, öffentliche“ im WStVR. II; LIST Grundriß eines Bibliotheksrechts 1928. — SCHMITT, KLOSS Art. „Hinterlegungswesen“ im WStVR. II; Kommentare zur preuß. HinterlegungsO. v. BLEECK 1914, ERYTHROPEL u. JONAS 1914, ARON 1914, HAGEMANN 1914; UMHAUER D. bad. Hinterlegungsrecht 1920. POEPPERLING Die öffentlichrechtl. Natur d. Rechtsbeziehungen zw. d. Schuldner, der hinterlegt, u. d. Hinterlegungsstelle, Kieler Diss. 1912. — BEL Art. „Sparkassen“, HWBRW. V 1928; KLEINER Das Recht der öffentlichen Sparkassen. Die öffentlichen Sparkassen als private Unternehmungen, als unselbständige und als selbständige öffentliche Anstalten 1930; LEO Begriff d. öff. Sparkasse im Reichsrecht, ZBlHandR. 5 (1930) S. 351ff. SIMON Das neue Sparkassenrecht, Kommentar zur Mustersatzung der Sparkassen vom 26. Juli 1927 (1928); KORN Die Staatsaufsicht im bay. Sparkassenwesen, BayVerwBl. 76 (1928) Sp. 369ff., 385ff.; G. MÜLLER Handbuch f. d. sächs. Sparkassen 1908; WALZ Einige Fragen aus dem badischen Sparkassenrecht, BadVerwZ. 60 (1928) S. 113ff., 129ff.; AHL Hess. Sparkassengesetz 1926; KAVEN Die Hamburger Sparkasse von 1827 (1927). — SCHUTTE Kommunalbanken 1926; G. HARTMANN Entwicklung u. Organisation d. kommunalen Bankwesens in Deutschland 1926; TH. G. v. HIPPEL u. a. Die öffentlichrechtlichen Kreditinstitute 1927; DANNENBAUM Öffentlichrechtliche Kreditanstalten 1930.

LÖSCHER Deutsches Schulrecht, Beiträge zu seiner Geschichte 1927. — LEXIS Das Unterrichtswesen im Deutschen Reich, 4 Bände 1904; SCHEER u. a. Art. „Schulwesen“ im HWBKommunalW. III; SPRANGER Wiss. Grundlagen der Schulverfassungslehre 1928; STIER-SOMLO

Art. „Volksschulrecht“ im HWBRW. VI 1929. — Köttgen Schule und Lehrer im modernen Staat 1930; Holstein Elternrecht, RV. u. Schulverwaltungssystem, ArchÖffR. 51 (1927) S. 187ff., auch selbst. 1931; Schaar Elternhaus u. Schule 1930; Mohs Schulgewalt u. Elternrecht i. Pr. 1930. — Anschütz RV. zu Art. 142ff.; derselbe PrVerfUrk. I 1912 S. 364ff. — Lahmeyer-Schneider Das Reichsgrundschulgesetz[2] 1927; Landé Aktenstücke zum Reichsvolksschulgesetz 1928; derselbe Die Schule in der RV. 1929; derselbe in Nipperdey III S. 1ff.; Klöppel Auswirkungen d. Verfassungsrechts a. d. mittleren Schulen (1930). — H. Peters Bedeutung d. neueren Verwaltungsrechtswissenschaft f. d. Praxis d. Schulrechts, „Der Schulverband“ 5 (1931) S. 12ff. — Verfügungen der pr. Unterrichtsverwaltung, her. v. Güldner und Landé, erscheinen in zwanglosen Heften bei der Weidmannschen Buchhandlung, Berlin; Handbuch der pr. Unterrichtsverwaltung 1930. — v. Rönne-Zorn StR. d. pr. Monarchie II[2], bearbeitet von Giese, 1916; Kühn Schulrecht in Preußen 1926; v. Bremen Die pr. Volksschule 1905, 4 Nachträge 1906—09; Sachse Grundzüge des pr. Volksschulrechts 1926; derselbe Aufsätze im Jahrbuch „Das deutsche Schulwesen“ 1927 u. i. Pädagogischen Zentralblatt 1929; Jeiler Handbuch des Volksschulwesens einschließlich der mittleren und privaten Schulen und der ländlichen Fortbildungsschulen 1928. Lezius G. betr. Unterhaltung der öff. Volksschulen[2] 1908; v. Rohrscheidt desgl.[5] 1925. Anschütz Die Schulaufsicht u. d. rechtl. Stellung der Volksschullehrer in Preußen, Berl. Festg. f. Gierke I 1910 S. 169ff.; Jeiler Schulverwaltung und Rechtskontrolle, Pr. Volksschularchiv 21 (1925) S. 193ff. Gürich Die Landesschulkasse, VerwArch. 31 (1926) S. 111ff. Jeiler Pr. Schulpflichtgesetz 1929; Lammers Die Schulpflicht u. ihre Erzwingbarkeit, Stusev. 1924 S. 224ff.; Friedrichs Schulpflicht u. Polizei, „Der Schulverband“ 4 (1930) S. 214ff. — Zieroff Schulgesetzeskunde (f. Bayern) 1925, Nachtr. bis 1. Dez. 27; Meinzolt Bay. Volksschulrecht 1926; L. Braun Bay. Schulaufsichtsgesetz 1925; Osthelder Bay. Schulbedarfgesetz 1930; L. Braun desgl. 1931; Mühlhaus Schulrecht n. d. bay. Konkordat, BayGemZ. 38 (1928) Sp. 793ff. u. Forts.; v. Seydewitz u. Haebler Sächs. Volksschulges.[8] 1918; Gesetze ü. d. Volks- u. Fortbildungs-(Berufs-)Schulwesen in Sachsen seit 1919[6] (1927); Franz Schmidt Die bad. Volksschule 1926; Schnobel Die Thüringer Schulgesetze Heft 1—5 II 1926—29; Bach-Backes-Jung Volksschulwesen in Hessen (1931); Umlauf Hamb. Schulwesen I 1931; Evermann-Wahls Schulrecht und Lehrerrecht in Meckl.-Schwerin 1925; Geiger Recht der Volks-, Mittel- und Berufsschulen in Braunschweig 1930; Johannes Anhalt. Volksschulrecht I[2], II 1930. — Havenstein Das Züchtigungsrecht d. Lehrer, Volksschularchiv 3 (1904) S. 97ff.; Gilbert desgl. in Sachsen, FischersZ. 33 (1908) S. 1ff.; Nass Das Nachsitzen als Rechtsproblem, Volksschularchiv 27 (1930) S. 97ff. — Preußisches Volksschularchiv, her. v. K. von Rohrscheidt, seit 1902; Zeitschrift „Der Schulverband“, her. v. Vorbrodt u. Herrmann, seit 1927; Blätter für Schulrecht, Beil. z. Allg. Deutsch. Lehrerzeitung.

Löffler Das deutsche Fortbildungs-(Berufs-)Schulwesen nach Reichs- u. Landesrecht 1928; v. Seefeld Die Berufsschulpflicht in Preußen[3] 1928; derselbe u. Liebich Die Verwaltung der Berufsschulen 1927; Hommer D. Recht d. gewerbl., kaufm. u. hauswirtsch. Berufs- und Fachschulen in Preußen 1925, Nachtr. 1928; Günther Die Schulbeiträge z. Unterh. d. Berufsschulen 1928. — Lutz Das Gewerbeschulwesen, MecklZ. 42 (1926) Sp. 643ff.

Stier-Somlo Art. „Höhere Lehranstalten“, HWBRW. III 1928. Kaestner Schulverwaltungsrecht für höhere Schulen 1916; O. Conrad Neuordn. d. höh. Schulwesens in Preußen 1926. J. Mayer Das höh. Unterrichtswesen in Bayern, Vorschriften-Sammlung 1928. Zur Neuordnung des höheren Schulwesens in Sachsen, Denkschr. d. Min. f. Volksbildung, 1926. Sturm Über Verwaltung u. Wesen der höheren Lehranstalten, MecklZ. 43 (1927) Sp. 389ff.

G. Kaufmann Die Geschichte der deutschen Universitäten I 1888, II 1896; Bornhak Geschichte der preuß. Universitätsverwaltung bis 1810 (1900); A. Sachse Friedrich Althoff und sein Werk 1928. — Stier-Somlo Art. „Hochschulen“, HWBRW. III 1928. Gradenwitz Zur Universitätsverfassung, Straßb. Festschrift f. Laband 1908 S. 249ff. Holstein Hochschule und Staat, in „Das akademische Deutschland“ III (1928); Perels Zum Universitätsaufsichtsrecht, ArchÖffR. 55 (1929) S. 110ff.; L. Bernhard Akad. Selbstverwaltung i. Frankreich u. Deutschland 1930. Ad. Dyroff Wege und Abwege der Universitätsreform 1928. — Mitteilungen des Verbandes der Deutschen Hochschulen, seit 1920. — Bornhak Die Rechtsverhältnisse der Hochschullehrer in Preußen 1901; derselbe Die Korporationsverfassung der Universitäten, VerwArch. 18 (1910) S. 1ff.; Hatschek Die rechtl. Stellung d. Universitäten nach dem ALR., VerwArch. 17 (1909) S. 307ff.; Hubrich Beiträge zum preuß. Universitätsrecht, AnnDR. 1907 S. 16ff., 81ff.; derselbe Die akademische Disziplin in Preußen, AnnDR. 1910 S. 742ff.; derselbe Die Gründung von Universitäten nach preuß. Recht, AnnDR. 1912 S. 641ff.; derselbe Die Korporationsnatur d. preuß. Universitäten, ArchÖffR. 38 (1918) S. 219ff.; Arndt Erlaß und Änderung von Universitätsstatuten, VerwArch. 27 (1919) S. 349ff.; derselbe Die Verkündung von Universitätsstatuten, VerwArch. 28 (1921) S. 33ff.; Wende Grundlagen d. pr. Hochschulrechts 1930. — W. Richter-H. Peters Die Statuten der preußischen Universitäten und Technischen Hochschulen, in Heften, seit 1928. Hubrich Greifswalder Universitätsrecht 1917; Curschmann-Holstein-Triepel Stiftungsvermögen und Selbstverwaltungsrecht der Universität Greifswald 1925; Otto Lenel Die Universität Straßburg 1921; Otto Mayer Die Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg 1922; Ruck Rechtsstellung d. Basler

Universität 1930. — KERSTEN Das deutsche Studentenrecht (1931). Die deutsche Studentenschaft in ihrem Werden, Wollen und Wirken, her. v. Vorstand d. deutschen Studentenschaft 1928. Über die Wiener Studentenordnung HUGELMANN u. FRISCHAUER in GerZ. 81 (1930) S. 242ff., 311f. TEUBERT Die rechtliche Stellung der studentischen Korporationen, Jen. Diss. 1928. — MENZEL Spinozas Lehre von der Geistesfreiheit, ZÖffR. 8 (1929) S. 529ff.; VIRCHOW Die Freiheit der Wissenschaft im modernen Staat 1877; ROTHENBÜCHER und SMEND Das Recht der freien Meinungsäußerung, VStaatsRL. 4 (1928) S. 6ff., 44ff.; STIER-SOMLO Universitätsrecht, Selbstverwaltung und Lehrfreiheit, ArchÖffR. N. F. 15 (1928) S. 360ff.; W. SCHMIDT Die Freiheit der Wissenschaft 1929; KITZINGER desgl. in NIPPERDEY II S. 449ff.; E. HOFFMANN Die Freiheit der Forschung und der Lehre 1931. HOLSTEIN Theologische Fakultäten und Lehrverpflichtung, Festschr. f. Pappenheim 1931 S. 190ff. MESSER Der Fall Lessing 1926. Zum Falle des FRHRN. MARSCHALL V. BIEBERSTEIN vgl. diesen selbst im Geleit- und Nachwort zu seiner 1927 veröffentlichten Rede „Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze".

APT Zur Handelshochschulbewegung in Deutschland 1907; DERSELBE Die Errichtung einer Handelshochschule in Berlin 1900. — Verwaltungs-Akademie Berlin, Aufgaben, Wege und Ziele der deutschen Beamtenhochschulen, Festschr. z. 5jähr. Bestehen d. VA. Berlin, her. v. W. PIETSCH, 1924; Aufsätze in: Verwaltungsprobleme der Gegenwart, Festschr. z. 10jähr. Bestehen d. VA. Berlin, her. v. W. Pietsch, 1929. — HELLER Freie Volksbildungsarbeit 1924.

FRIEBE Reichsverfassung und konfessionelle Gliederung der Schule 1926; RADBRUCH u. ARZT Die weltliche Gemeinschaftsschule 1921.

A. WOLF Die Rechtslage der Privatschulen, FischersZ. 54 (1922) S. 175ff.; LÖVINSON Recht d. Privatschulen und Privatlehrer in Preußen, JW. 1924 S. 34f.; G. HUBRICH Privatschule und Privatunterricht 1927. — ULLRICH Rechtl. Stellung d. privaten Musikunterrichts in Preußen, Heidelb. Diss. 1930.

HIRTSIEFER Jugendpflege in Preußen 1930. — WEGNER Jugendrecht 1929. POLLIGKEIT u. a. RGes. für Jugendwohlfahrt[2] 1930, ErgBde. 1930; RICHTER Recht der Jugendwohlfahrt und Fürsorgeerziehung, in v. BRAUCHITSCH Pr. Verwaltungsgesetze IV[17] 1926 S. 633ff.; HESS Jugendwohlfahrtsrecht 1926 (für Bayern); E. SCHMIDT Württ. Jugendwohlfahrtsrecht 1929. — PFEFFERKORN (Soziale) Gerichtshilfe 1930. — Zentralblatt f. Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, her v. (GRABOWSKY u.) WEBLER; Jahrbuch d. Jugendrechts, her. v. WEBLER.

Der Staat hat sich bis zu diesem Punkte der Darstellung im wesentlichen als der große Nehmer gezeigt. Er nimmt öffentliche Dienste für sich in Anspruch, erhebt Steuern, Beiträge und Gebühren, enteignet, legt öffentliche Lasten auf, erläßt polizeiliche Verbote und Gebote. Wohl war auch von begünstigenden Verwaltungsakten, wie Erlaubniserteilungen, oder von Gegenleistungen, wie Zahlung von Beamtengehältern, Entschädigungen für Enteignungen, die Rede. Aber das Hauptgebiet, in dem sich der Staat als Geber zeigt, fehlt noch. Er tut es durch Gewährung von Nutzungen an öffentlichen Sachen und Anstalten.

## I. Die öffentlichen Sachen.

Der Staat und sonstige Träger öffentlicher Gewalt können privatwirtschaftlich verwaltetes Vermögen haben. Sie lassen Felder und Forsten bewirtschaften, verpachten sie, betreiben Bergwerke und Fabriken, legen überflüssiges Geld zinstragend an. Das so verwaltete Vermögen heißt Finanzvermögen und hat mit dem öffentlichen Rechte nur soweit zu tun, als Bestimmungen der Haushaltsordnung oder der Kommunalaufsicht hereinspielen (vgl. S. 385, 534). Privatwirtschaftlich genutztes Vermögen sind auch die aus alter Zeit überkommenen Allmenden der Gemeinden, nur daß die Gemeinde solche Gemeindeäcker nicht selbst bewirtschaftet, sondern in einer strengen Reihenfolge einzelnen Gemeindeangehörigen zur Nutzung überweist. Der am Zuge befindliche Gemeindeangehörige hat ein subjektives öffentliches Recht auf diese Überweisung, ein Umstand, der die vielfach in Allmendestreitigkeiten angeordnete Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte erklärt.

Der Träger öffentlicher Gewalt kann die ihm gehörigen Sachen auch für den inneren Dienstbetrieb verwenden. Er errichtet Dienstgebäude, Kasernen, Vorratsschuppen, Zollniederlagen. Sie gehören zum sog. Verwaltungsvermögen. Auch auf das Verwaltungsvermögen finden im großen und ganzen die Vorschriften des Privatrechts Anwendung, doch gibt es hier Sonderbestimmungen über Veräußerung, Pfändung, Besteuerung. Das die Eigentumsverhältnisse zwischen Reich und

Ländern klärende sog. Reichseigentumsgesetz vom 25. Mai 1873 bezieht sich nur auf Verwaltungsvermögen des Reichs. Für das Verwaltungsrecht aber ist das Verwaltungsvermögen von geringem Belang, da sich an ihm besondere Rechtsbeziehungen zwischen öffentlicher Gewalt und Bürger nicht nachweisen lassen.

Dies ist erst bei den öffentlichen Sachen der Fall, die demgemäß als vierte Vermögensart neben das Finanzvermögen, die Allmenden und das Verwaltungsvermögen treten. Man kann sie umschreiben als der öffentlichrechtlichen Einwirkung dauernd unterworfene Sachen, an denen zwischen Verwaltung und einzelnem Rechtsbeziehungen öffentlichrechtlicher Art bestehen. Hauptbeispiele für sie bilden die öffentlichen Wege mit den dazugehörigen Brücken und Fähren[1], die öffentlichen Gewässer einschließlich der Häfen[2], der Meeresstrand[3], der Luftraum außerhalb des Interessenbereichs des Grundeigentums, die Friedhöfe[4]. Unter ihnen seien die öffentlichen Wege und Gewässer etwas näher betrachtet, da sich die Gesetzgebung ihrer besonders umfassend angenommen hat.

**1. Die Rechtsquellen** sind in den Gesetzsammlungen der Länder zu suchen, ein Wege- oder Wasserrecht des Reiches gibt es noch nicht, das Reichsgesetz vom 29. Juli 1921 über den Staatsvertrag wegen Übergangs der Wasserstraßen auf das Reich regelt nur das Verhältnis zwischen Reich und Ländern[5]. Das Wegerecht ist nicht einmal innerhalb aller Länder einheitlich geregelt, vor allem herrscht innerhalb Preußens hier eine unübersehbare Mannigfaltigkeit. Teilweise gilt noch das Allgemeine Landrecht, dessen zweiter Teil im fünfzehnten Titel von den Rechten und Regalien des Staates in Ansehung der Landstraßen, Ströme, Häfen und Meeresufer handelt. In Schleswig-Holstein ist noch zum großen Teile die Wegeverordnung vom 1. März 1842, also aus der dänischen Zeit, in Kraft, in der Rheinprovinz herrscht zum Teil noch französisches Recht, während die Provinzen Westpreußen, Posen und Ostpreußen in den Jahren 1905, 1907 und 1911 neue Wegeordnungen erhalten haben. Die zur Zeit neuesten Wegegesetze innerhalb Deutschlands haben das Land Hessen mit dem Gesetze über das Straßenwesen vom 15. Juli 1926, die Hohenzollerischen Lande mit dem Straßenbaugesetz vom 29. November 1928 und Thüringen mit dem Wegegesetz vom 24. Juli 1929. Besser steht es mit der Kodifizierung des Wasserrechts, seit Preußen mit dem Wassergesetz vom 7. April 1913 der innerhalb seines Gebietes herrschenden Rechtszersplitterung ein Ende bereitet hat. Auch haben Thüringen durch das Notgesetz vom 20. Dezember 1923 und Mecklenburg-Schwerin durch das Wassergesetz vom 9. Juli 1928 zur Vereinheitlichung des Wasserrechts beigetragen.

**2. Als Rechtssubjekte** begegnen im Wege- und Wasserrecht Privatpersonen und öffentliche Verbände.

Privatpersonen kommen vor allem als Nutzer der öffentlichen Sache vor, ob sie nun ausschließlich Gemeingebrauch üben, z. B. auf der Straße gehen, auf dem Flusse Boot fahren, oder, wie der Wassermüller, ein besonderes Recht am Wasserlaufe haben. Sie können aber auch Eigentümer der öffentlichen Sache sein. Die Öffentlichkeit eines Weges bedeutet nicht Ausschluß des Privateigentums

---

[1] Vgl. PrOVG. 10. Jan. 18 u. 6. Apr. 22, Entsch. 73, 364ff. u. 77, 356ff.

[2] Vgl. hamb. Hafengesetz v. 2. Juni 97, lüb. Hafenordnung v. 13. Okt. 27, G. betr. d. Benutzung der bremischen Häfen v. 15. Apr. 28.

[3] Über dessen angebliche Begrenzung durch die Linie der mittleren Flut einerseits, die Uferschutzwerke andererseits vgl. PrOVG. 1. Dez. 11, Entsch. 62, 295ff. So auch, nach schriftlicher Auskunft, das Katasteramt Niebüll bei Herstellung der Gemarkungskarten. Richtiger Laue VerwArch. 34 (1929) S. 312: der zwischen Niedrigstwasser- und Höchstwasserlinie belegene jeweilig vom Meereswasser nicht bedeckte Küstenstreifen. Wieder anders Willert Meckl. Meeresstrand 1929 S. 11. Wie Laue Vogel Gemeingebrauch (Kiel. Diss. 1931) S. 18.

[4] Vgl. z. B. lüb. Friedhofs- u. BestattungsO. v. 30. Juni 15.

[5] Vgl. hierzu hamb. G. v. 28. Dez. 25.

einer Einzelperson. Vielmehr kann sich der Eigentümer eines Privatweges mit dessen Widmung für den öffentlichen Verkehr einverstanden erklären, ohne das — bei Einziehung des Weges wieder voll auflebende[1] — Eigentum am Wege zu verlieren. Auch durch Enteignung kann der Eigentümer mit einer derartigen Dienstbarkeit belastet werden. Im Wasserrecht allerdings liegen die Dinge, jedenfalls in Preußen, anders[2]. Hier steht das Eigentum an den sog. Wasserläufen erster Ordnung, von Ausnahmen aus früherer Zeit abgesehen, notwendig dem Staate, seit dem erwähnten Reichsgesetze vom 29. Juli 1921 zum Teil dem Reiche zu. Eigentümer der Wasserläufe zweiter Ordnung sind in einigen nördlichen Gebietsteilen die Deich- und Sielverbände, in der Provinz Hessen-Nassau die unterhaltspflichtigen Gemeinden; diese sind hier auch Eigentümerinnen der Wasserläufe dritter Ordnung. Im übrigen gehören die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung, auch hier vorbehaltlich übergangsrechtlicher Abweichungen, den Eigentümern der Ufergrundstücke anteilig als deren, allerdings nicht notwendiger, Bestandteil. Endlich können Privatpersonen die zur Unterhaltung der öffentlichen Sache Verpflichteten sein, doch versteht sich eine solche Pflicht keineswegs von selbst. Namentlich gilt hier nicht der Satz des allgemeinen Polizeirechts, daß der Eigentümer für die Polizeimäßigkeit der ihm gehörigen Sachen einzustehen hat. So war es verkehrt, daß ein Amtsvorsteher einen Mühlenbesitzer zur Herstellung einer ihm gehörigen Brücke anhielt, über die ein öffentlicher Weg führte[3]. Denn der Sinn jenes Satzes des allgemeinen Polizeirechts ist der, daß der Verfügungsberechtigte der Polizei gegenüber haftet, die Verfügungsgewalt, namentlich die Befugnis, den Weg zu sperren, fehlt aber dem Eigentümer eines öffentlichen Weges. Es bedarf daher eines besonderen Rechtsgrundes, wenn eine Privatperson zur Unterhaltung einer öffentlichen Sache verpflichtet sein soll. Auch bei der freiwilligen Pflichtübernahme ist zu prüfen, ob nicht das Gesetz eine solche Abbürdung vermieden wissen will[4].

Die Pflicht zur Unterhaltung öffentlicher Sachen liegt vielmehr in erster Linie öffentlichen Verbänden ob. Bei natürlichen Wasserläufen erster Ordnung ist Träger der Unterhaltungspflicht der Staat, bei solchen zweiter Ordnung sind es die für diesen Zweck zu bildenden Wassergenossenschaften[5]. Im Wegerecht pflegt man drei Klassen von Wegen zu unterscheiden: Staatsstraßen, Straßen höherer Kommunalverbände und Gemeindewege, doch hat Preußen die Staatsstraßenverwaltung dezentralisiert und durch § 18 des Gesetzes vom 8. Juli 1875 den Provinzialverbänden übertragen. Die Wegeordnung für Ostpreußen vom 10. Juli 1911 z. B. unterscheidet demgemäß Provinzial-, Kreis- und Gemeindewege (§§ 14f.). Doch wechseln die Bezeichnungen innerhalb Preußens. In Schleswig-Holstein z. B. heißen die drei Arten von Wegen Hauptlandstraßen, Nebenlandstraßen und Nebenwege[6]. Die mit solchen Einteilungen geregelte Wegebaulast umfaßt nach den typischen Bestimmungen der ostpreußischen Wegeordnung vom 10. Juli 1911 die öffentlichrechtliche Verbindlichkeit zur Anlegung, Verlegung und Einziehung der Wege, zu ihrer Unterhaltung, Verbesserung, Verbreiterung oder Verengerung, zur Beseitigung der Verkehrshindernisse auf den Wegen und zur Gewährung der durch solche Maßnahmen gesetzlich begründeten Entschädigungen (§ $9^{I}$). Die Beleuchtung und polizeimäßige Reinigung der Wege dagegen fällt nicht unter die Wegebaulast (§ 12). „Polizeimäßige Reinigung" bedeutet aber in diesem Zusammenhange eine über das Maß des durch Verkehrsrücksichten Gebotenen hinausgehende Reinigung, namentlich aus Gründen der Gesundheitspflege, z. B. das Fegen des Staubes, das Besprengen der Straße mit Wasser, die Beseitigung herumliegenden Papiers, während das Wegereinigungsgesetz vom 1. Juli

[1] Teilweise abweichend bad. Straßenges. v. 14. Juni 84 § $36^{III}$. [2] WasserG. §§ 7ff.
[3] Vgl. den Fall PrOVG. 1. Okt. 25, Entsch. 80, 225ff.
[4] PrOVG. a. a. O.; vgl. auch oben S. 199. [5] Pr. WasserG. § $115^{I\ 1\ u.\ 2}$.
[6] WegeVO. v. 1. März 42 § 2.

1912 den, übrigens aus alter Zeit stammenden, Ausdruck weiter faßt und darunter die gesamte Reinigung, auch die aus Verkehrsrücksichten, versteht. Der die Gerichte vielfach beschäftigende Rechtszustand ist jetzt der, daß innerhalb der geschlossenen Ortslage der Wegebaupflichtige als solcher überhaupt nicht zur Reinigung der Wege, außer den Brücken, verpflichtet ist, an seine Stelle vielmehr die Gemeinde oder kraft Ortsstatuts die Anlieger mit der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Reinigung schlechthin treten; außerhalb der geschlossenen Ortslage besteht die Pflicht des Wegebaupflichtigen auch zur Wegereinigung, aber nur zur verkehrsmäßigen.

Mit der Wegebaulast ist nicht notwendig eine Verfügungsgewalt über den öffentlichen Weg verbunden, vielmehr ist im größeren Teile Preußens der Hauptverfügungsberechtigte, der Wegeherr, wenn man ihn so nennen will, der durch die Wegepolizeibehörde vertretene Staat; denn nach § 57[I] ZustGes. beschließt über Einziehung oder Verlegung öffentlicher Wege nicht die Provinz, der Kreis oder die Gemeinde, sondern die Wegepolizeibehörde. Nur in Schleswig-Holstein und in Hannover steht den Gemeinden die Verfügungsgewalt in erheblichem Umfange zu (§§ 58[1], 60[1a]). Bei Ortsstraßen ist die Gemeinde ganz allgemein der hauptberechtigte Teil, da jede Veränderung von solchen Straßen eines Beschlusses des Gemeindevorstandes und des Einverständnisses der Gemeindevertretung, allerdings mit Zustimmung der Ortspolizeibehörde, bedarf[1].

Ist der über eine öffentliche Sache Verfügungsberechtigte und der Eigentümer eine und dieselbe Person, so erhebt sich die Frage nach dem Vorhandensein eines öffentlichen Eigentums. OTTO MAYER hat sich mit der größten Energie für die Möglichkeit und das Dasein eines solchen Rechtsinstituts eingesetzt[2]. Die Tatsache, daß sich weder die Wissenschaft noch die Rechtsprechung von OTTO MAYER haben wesentlich beeinflussen lassen, spricht noch nicht gegen die Richtigkeit der Lehre, denn für eine umfassende Kritik der Lehre sind vorläufig nur Bausteine vorhanden[3]. Die Untersuchung müßte etwa den Weg gehen, daß man fragt, gegen wen jene umfassendste Beziehung zu einer Sache, die wir Eigentum nennen, sich richten kann. Gegen Nebengeordnete gewendet nennen wir sie Privateigentum, gegen die öffentliche Gewalt gewendet könnte man sie staatsgerichtetes Eigentum nennen. Die dritte Richtung wäre die der öffentlichen Gewalt als Eigentümerin der Sache gegen alle Machtunterworfenen. Soweit sich der Staat oder der sonstige Träger öffentlicher Gewalt bei Betätigung als Eigentümer besonderer Machtmittel, insbesondere des Verwaltungsaktes, bedient, läßt sich zum mindesten darüber reden, ob man nicht diese dritte Abart des Eigentums als öffentliches Eigentum bezeichnen soll. Aber nun kommt die Einwendung: soll man nicht, statt das Privateigentum dem staatsgerichteten und dem öffentlichen Eigentum gegenüberzustellen, das Eigentum neutral gestalten, als ein dem Privatrecht und dem öffentlichen Rechte gleichermaßen angehöriges Rechtsinstitut? Und ist das als öffentliches Eigentum bezeichnete Eigentum vielleicht nichts anderes als die durch kein gegenüberstehendes Privatrecht gehemmte Gebietshoheit? Eine Fülle von Fragen, die der Klärung würdig und bedürftig sind.

**3. Entstehungs- und Endigungstatbestände für die Öffentlichkeit einer Sache.** a) Für gewisse öffentliche Sachen ist der Entstehungstatbestand rein natürlicher Art. Das Meer überflutet eine Strecke Festlandes und macht sie damit zum Bestandteil des Ozeans; was Strand war, wird Meer, was Binnenland war, Strand. Oder ein Berg stürzt ein und erweitert dadurch den freien Luftraum über ihm. Ein

---

[1] Fluchtlinienges. v. 2. Juli 75 §§ 1[I], 10[I].

[2] II S. 39ff., 57ff. Vgl. auch seine am Eingang des Paragraphen genannten Aufsätze und die ausführlichere Darstellung in der 2. Aufl. des Deutschen VerwR. II 1917 S. 71ff., 108ff. Ihm pflichtet für Hamburg bei CHR. BEHR, HansRGZ. A 1930 Sp. 135ff. Dagegen spricht sich neuestens selbst für ein Gebiet französischen Rechts das RG. aus: VI 2. Febr. 31, RGZ. 131, 264ff.

[3] Besonders wertvoll FRIEDRICHS, ArchÖffR. 40 (1921) S. 257ff.

fließendes Gewässer, das sich hierbei oder sonstwie neu bildet, wird ohne weiteres ein Wasserlauf dritter Ordnung, alle Wasserläufe, die infolge natürlicher Ereignisse ihr Bett verlassen und sich ein neues Bett schaffen, bleiben auch in dieser neuen Gestaltung Wasserläufe ihrer alten Ordnung[1]. Auch die Aufnahme eines Wasserlaufes in das Verzeichnis der Wasserläufe erster Ordnung durch Gesetz oder der Wasserläufe zweiter Ordnung durch Verfügung des Oberpräsidenten (§§ 3f.) macht nicht erst den Wasserlauf zu einer dem Gemeingebrauch unterworfenen Sache, sondern hat nur Bedeutung für den Umfang des Gemeingebrauchs, die Unterhaltungspflicht (§§ 25, 115) und andere Rechtsfolgen.

Dagegen gibt es keine von Natur öffentlichen Wege. Auch der von einem Großgrundbesitzer auf seinem Grundstücke nach allen Regeln des Kunstbaues hergestellte Privatweg, auch der von mehreren Landwirten gemeinsam eingerichtete Feldweg oder sonstige sog. Interessentenwege sind an sich keine öffentlichen Wege[2]. Denn sie sind, selbst wenn sie der Allgemeinheit geöffnet sind, an eine solche Zweckbestimmung nicht gebunden, sie sind „offene"[3], aber nicht „öffentliche" Wege, da sie jederzeit kraft Privateigentums gesperrt werden können. Um diese Macht des Privateigentümers auszuschließen, bedarf es eines Mehr: der bindenden Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr. Da die Verwandlung eines Privatweges in einen öffentlichen das Recht dreier Rechtsträger berührt: des Eigentümers, da seine freie Verfügungsgewalt eingeschränkt wird, der Provinz, des Kreises, der Gemeinde, da sie unterhaltungspflichtig werden, und des Staates, da der Wegepolizeibehörde neue Obliegenheiten erwachsen, müssen diese drei Beteiligten bei der Widmung mitwirken[4]. Da das Fehlen auch nur eines der Beteiligten die Widmung unwirksam macht, geht es nicht an, eine von den drei Erklärungen, etwa die der Wegepolizeibehörde, als die hauptsächlichste hinzustellen[5]. Allerdings kann der Widerstand des Eigentümers gebrochen werden, aber nur im gewöhnlichen Enteignungs- oder bei Ortsstraßen im Fluchtlinienfestsetzungsverfahren. An dem Satze: „Ohne Widmung kein öffentlicher Weg" ist trotz beachtlicher, zugunsten alter Straßen hiergegen vorgebrachter Einwendungen[6] festzuhalten. Die unvordenkliche Benutzung eines Weges als eines öffentlichen macht ihn nicht etwa zu einem öffentlichen, sondern begründet nur die Vermutung seiner Widmung vor unvordenklicher Zeit[7]. Über Form und Zeitpunkt der Widmung gibt es, außer bei Anlegung von Ortsstraßen, keine Vorschriften. Selbst stillschweigende Widmungen erkennt die Rechtsprechung an[8]. Die Regel wird sein, daß die Widmung der Fertigstellung des Weges nachfolgt, doch sind auch Widmungen im Bau befindlicher Wege denkbar, allerdings mit der Maßgabe, daß der Weg erst mit seiner Fertigstellung zum öffentlichen Wege wird[9].

b) Auch der Endigungstatbestand für die Öffentlichkeit einer Sache kann dem tatsächlichen Geschehen angehören oder eine Willenserklärung sein. So verlegen die Landgewinnungsarbeiten das Gestade weit in das ursprüngliche Meer hinein und machen dadurch den früheren Strand zum Binnenland. Versinkt ein Wasserlauf dauernd unter die Erde und vertrocknet sein altes Bett vollständig, so gibt es keinen Wasserlauf mehr und infolgedessen auch keinen öffentlichen Wasserlauf. Ebenso hört der dauernd überschwemmte Weg auf, dem Wegerecht unterworfen zu sein.

---

[1] Pr. WasserG. §§ 15f. [2] ThürOVG. 10. Jan. 25, Jahrb. 10, 47ff.

[3] LASSAR in der Anm. zu KG. 4. Apr. 23, JW. 1924 S. 65.

[4] So das PrOVG. in ständiger Rechtsprechung, z. B. 21. Dez. 16, Entsch. 72, 289.

[5] So LASSAR Grundbegriffe des preußischen Wegerechts 1919 S. 73ff.

[6] SCHULTZENSTEIN VerwArch. 28 (1921) S. 169ff.

[7] Vgl. oben S. 223. Im thür. Wegegesetz v. 24. Juli 29 hat sich die Lehre von der rechtsgestaltenden Kraft der Unvordenklichkeit scheinbar durchgesetzt (§ 3 I), in Wirklichkeit handelt es sich auch hier nur um eine widerlegliche Vermutung.

[8] Vgl. oben S. 270. [9] PrOVG. 7. Okt. 20, Entsch. 76, 364ff.

Der für das Wegerecht wichtigste Endigungstatbestand aber ist die Einziehung. Von der bloß vorübergehenden Sperrung unterscheidet sie sich dadurch, daß die Öffentlichkeit des Weges dauernd wieder beseitigt wird, sei es ersatzlos, sei es, wie bei der Verlegung eines Weges, nach Herstellung eines andern, den gleichen Zwecken dienenden Weges, von der sog. Deklassierung dadurch, daß diese Maßnahme die Öffentlichkeit des Weges überhaupt nicht berührt, sondern nur einen Weg höherer Ordnung in einen solchen niederer Ordnung verwandelt. Über die Einziehung oder Verlegung beschließt in den meisten Teilen Preußens die Wegepolizeibehörde, sobald sie das Vorhaben mit der Aufforderung, Einsprüche binnen vier Wochen geltend zu machen, bekannt gemacht hat (ZustG. § $57^{I}$). Für Schleswig-Holstein und Hannover gilt, wie erwähnt, Sonderrecht (§§ $58^{1}$, $60^{1a}$). Viel erörtert ist die Frage, ob der durch Einziehung oder Änderungen am Wegekörper, namentlich Höher- und Tieferlegung des Weges, geschädigte Anlieger einen Schadensersatzanspruch hat oder nicht. Die Frage ist in neueren Gesetzen zugunsten des Anliegers entschieden[1], wird aber von der Rechtsprechung auch beim Schweigen des Gesetzes bejaht, u. a. durch Annahme eines zwischen Anlieger und Gemeinde bestehenden, stillschweigenden Vertrages auf Belassung der Straße in ihrem gegenwärtigen Zustande. Weniger gekünstelt ist die Heranziehung des Gesichtspunkts der öffentlichrechtlichen Entschädigung für die Beeinträchtigung einer am öffentlichen Wege vorhanden gewesenen Sondernutzung.

**4. Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen.** a) Das die wichtigsten öffentlichen Sachen beherrschende Grundrechtsverhältnis ist der Gemeingebrauch, d. i. die jedermann zustehende Freiheit, die Sache ihrer Zweckbestimmung gemäß oder, wo die Zweckbestimmung fehlt oder zweifelhaft ist, in der üblichen Weise zu gebrauchen.

Zum Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen gehört vor allem das Gehen, Fahren und Reiten, sofern nicht die Widmung eines Weges als bloßen Fußsteiges das Fahren und Reiten auf ihm ausschließt. Die nähere Umgrenzung des Gemeingebrauchs aber ist landstrichweise verschieden. Im Süden, wo sich das Leben mehr im Freien abspielt als im Norden, ist manches als Gemeingebrauch gestattet, wozu es anderweit einer besonderen Erlaubnis bedarf, so das Aufstellen von Waren vor dem Laden, die Benutzung des Bürgersteigs zum Sitzen im Freien, das Spielen mit großen Bällen auf der Straße. In zweifelhaften Fällen haben schon die Gerichte entscheiden müssen. So liegt nach einer Entscheidung des sächsischen OVG.[2] die Benutzung einer Straße mit einem Kraftomnibus noch innerhalb, das Befahren einer Chaussee mit einer Straßenlokomotive nach einer für Westpreußen ergangenen Entscheidung des preußischen OVG.[3] außerhalb des Gemeingebrauchs. Das Aufkommen neuer Spiele, z. B. des Rollschuhlaufens, das Eintreffen eines Tierparks mit Elefanten, das Tanken der Kraftwagen, Erfindungen auf dem Gebiete der Straßenreklame u. dgl. stellen der Rechtsprechung neue Aufgaben[4]. Soweit der Gemeingebrauch reicht, hat der neben dem Wegebaupflichtigen etwa vorhandene Privateigentümer des Wegekörpers gegen die Betätigung dieser Freiheit kein Widerspruchsrecht, z. B. nicht gegen die Aufstellung eines Beleuchtungsmastes[5].

Für den Gemeingebrauch an Wasserläufen enthalten die Wassergesetze genauere Bestimmungen. Nach dem preußischen Gesetze gehört zum Gemeingebrauch an sämtlichen natürlichen Wasserläufen das Baden, Waschen, Schöpfen

[1] Z. B. bad. Ortsstraßenges. v. 15. Okt. 08 § $30^{III}$. Über die ganze Frage am ausführlichsten Dreyer VerwArch. 17 (1909) S. 195ff., 20 (1912) S. 161ff.

[2] SächsOVG. 26. Febr. 26, Jahrb. 29, 115ff. [3] PrOVG. 5. Juni 13, Entsch. 64, 494ff.

[4] Vgl. RG. V 10. Juni 29, RGZ. 125, 108ff. (beweglicher Zeitungsstand), KG. 17. Sept. 29, KGJ. Erg. 9, 322ff. (Strandjagd), BayVGH. 20. Dez. 29, Samml. 50, 167ff. (Tanken), SächsOVG. 22. Nov. 29, Jahrb. 34, 249ff. (Aufnahme von Gehfilmen kein Gemeingebrauch).

[5] PrOVG. 17. Okt. 18, Entsch. 74, 360ff. Vgl. auch RG. V 16. Febr. 29, RGZ. 123, 181ff. (Lichtreklame).

mit Handgefäßen, Viehtränken, Schwemmen, die Entnahme von Wasser und das Einleiten von Wasser und Abwässern, sofern dadurch andere nicht benachteiligt werden, ferner das Kahnfahren und Eislaufen, dies beides für Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung allerdings nur, soweit es bis zum Inkrafttreten des Wassergesetzes gemeinüblich war (§ 25^I, II^). Natürliche Wasserläufe erster Ordnung kann darüber hinaus jedermann zur Entnahme von Eis und sämtliche Wasserläufe erster Ordnung, also auch die künstlichen, kann jedermann zur Schiffahrt und Flößerei und sonstwie zum öffentlichen Verkehr benutzen (§§ 25 I, 26). Die Wasserläufe erster Ordnung entsprechen also den öffentlichen Wasserläufen des älteren deutschen Rechts, sind aber nicht die einzigen öffentlichen Wasserläufe des preußischen Rechts, da auch an den untergeordneten Wasserläufen der soeben geschilderte beschränkte Gemeingebrauch besteht. Die nähere Regelung des Gemeingebrauchs hier wie auf dem Gebiete des Wegerechts ist Aufgabe von Polizeiverordnungen[1].

b) Zu jeder über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung der öffentlichen Sache bedarf es einer polizeilichen, durch die Gestattung des Eigentümers nicht ersetzbaren[2] Genehmigung, die unter dem Namen Gebrauchserlaubnis bekannt ist, wenn sie dem Empfänger der Genehmigung kein subjektives Recht auf Beibehaltung des durch die Genehmigung herbeigeführten Zustandes oder wenigstens auf Entschädigung im Falle des Widerrufs verleiht. Ein Schankwirt möchte z. B. im Sommer Tische und Stühle auf den genügend breiten Bürgersteig stellen, ein Zeitungsverkäufer eine Bretterbude an einer Straßenecke aufschlagen[3], der Eigentümer eines an der Alster gelegenen Grundstücks einen Bootshafen anlegen, ein Ladeninhaber einen Reklamestreifen im Luftraume über der Straße sich bewegen lassen[4], ein Fuhrwerkunternehmer einen lebhaften Omnibusverkehr mit regelmäßigen Haltestellen einrichten. Soweit derartige Inanspruchnahmen des öffentlichen Weges den Gemeingebrauch überschreiten, bedarf der Beteiligte einer Gebrauchserlaubnis, die in der Form einer grundsätzlich frei zu erteilenden[5] Polizeierlaubnis gewährt wird. Auch die Ableitung von Abwässern in die Straßenrinne oder in ein öffentliches Gewässer kann kraft Gebrauchserlaubnis gestattet sein[6]. Im Friedhofsrecht geht die Ausübung des Leichenbestattungsgewerbes auf dem Friedhofe über das Maß der üblichen Benutzung hinaus, kann daher verboten oder von einer Gebrauchserlaubnis abhängig gemacht werden[7].

c) Im Gegensatze zur Gebrauchserlaubnis begründet die Verleihung von Nutzungsrechten für den Beliehenen ein grundsätzliches Recht auf Beibehaltung des verliehenen Vorteils. Die Hauptanwendungsfälle findet man im Wasserrecht. So kann nach § 46^I des preußischen Wassergesetzes an Wasserläufen das Recht verliehen werden, über den Gemeingebrauch hinaus Wasser abzuleiten, Abwässer einzuleiten, den Wasserspiegel zu heben oder zu senken, namentlich durch Stauanlagen das Wasser anzusammeln, dann Häfen und Stichkanäle anzulegen, bedeutendere Anlegestellen und Badeanstalten zu errichten (§ 46^I). Die Verleihung ist mehr als eine unwiderrufliche Polizeierlaubnis, da sie nicht nur ein Polizeiverbot hinwegräumt, sondern dem Beliehenen eine Sache, die ihm nicht gehört, nämlich den Wasserlauf und dessen Kraft, zur Verfügung stellt. Daher ist der Ausdruck „Konzession", dies „Platzmachen für einen andern", hier mehr angebracht

---

1 PolVerwG. § 6b, WasserG. § 348; KG. 21. Juni 27, Entsch. Erg. 7, 255ff. Daneben kennt das WasserG. auch eine Regelung des Gemeingebrauchs durch Polizeiverfügung (§ 39).

2 SächsOVG. 4. Febr. 13, Jahrb. 20, 10ff.

3 PrOVG. 6. Apr. 16, PrVerwBl. 38 (1917) S. 221f.

4 HambOVG. 22. Nov. 27, HansRGZ. A 1928 Sp. 117f.; BayVGH. 24. Dez. 24, Samml. 45, 93f. Vgl. auch SächsOVG. 10. Jan. 30, Jahrb. 34, 329ff. (Tankstelle); ThürOVG. 26. Nov. 30, ThürRdsch. 8 (1930) Sp. 332f. (Lichtreklame).

5 LVG. Schwerin 7. Dez. 28, MecklZ. 45 (1929) Sp. 473ff. Anders, gegen die Regel, thür. WegeG. v. 24. Juli 29 § 8^I.

6 Vgl. z. B. hess. Straßenges. v. 15. Juli 26 Art. 24^I, V^.

7 RG. VI 15. Nov. 20, RGZ. 100, 213ff.

als bei Gewerbegenehmigungen[1]. Im Friedhofsrecht kommt die Konzession z. B. als Verleihung von Erbbegräbnissen vor[2], im Wegerecht bei der Verleihung des Gasröhren-, des Kanalisationsröhrenrechts und des Schienenrechts für Straßenbahnen, beim Meeresstrand als Verleihung des Strandregals an die Gemeinde mit der Befugnis, das Aufstellen von Strandkörben oder von Badekarren von einer Genehmigung abhängig zu machen[3]. Soweit bei öffentlichen Wegen der Eigentümer des Wegekörpers von der Verleihung Nachteile haben würde, die mit der Widmung des Weges nicht notwendig verbunden sind, bedarf es seiner Zustimmung, da er mit der Widmung nicht alle Rechte am Wege aufgegeben hat, namentlich nicht das Recht, unterhalb des Fahrdammes Einrichtungen zu haben, die den Verkehr auf dem Wege nicht berühren. So ist bei der Erteilung einer Gasröhrenkonzession[4] auch seine Zustimmung einzuholen[5].

**5. Die Erledigung von Streitigkeiten über öffentliche Sachen.** In die Erledigung von Streitigkeiten, die mit Rücksicht auf öffentliche Sachen entstehen können, teilen sich, wie auch sonst im Verwaltungsrecht, die Verwaltungsbehörden, die ordentlichen und die Verwaltungsgerichte. So entscheidet in Preußen über die Frage, ob das Kahnfahren und Eislaufen auf einem natürlichen Wasserlaufe zweiter und dritter Ordnung bisher gemeinüblich war, im Streitfalle der Regierungspräsident (WasserG. § 25$^{\text{II}}$), über die Entschädigungen bei Änderung des Verzeichnisses der Wasserläufe erster Ordnung der Bezirksausschuß mit der Möglichkeit einer Anfechtung im ordentlichen Rechtsweg (§ 3$^{\text{II}}$), über die Zulässigkeit der Zurückführung eines neue Wege einschlagenden Wasserlaufes zweiter oder dritter Ordnung in sein altes Bett der Bezirksausschuß als Verwaltungsgericht und dann das OVG. (§ 16$^{\text{III}}$). Am häufigsten kommen aber Wegestreitigkeiten vor, namentlich als Streitigkeiten über die Öffentlichkeit eines Weges und über die Wegebaupflicht.

Die Frage, ob ein Weg öffentlich ist oder nicht, ist eine solche des öffentlichen Rechts und gehört nicht vor die ordentlichen Gerichte. Wohl kann ein ordentliches Gericht sie im Nebenpunkte erledigen, wenn von ihrer Beantwortung die Entscheidung eines Privatrechtsstreites abhängt, aber die Klage des wirklichen oder angeblichen Wegeeigentümers auf Feststellung der Nicht-Öffentlichkeit des Weges müßte als unzulässig abgewiesen werden. Auch die privatrechtliche Verbietungsklage gegen die Gemeinde, die Öffentlichkeit des Weges behauptet, wäre unzulässig[6]. Mit Klage vor den ordentlichen Gerichten kann der Eigentümer nur Feststellung seines von anderer Seite bestrittenen Privateigentums verlangen mit keiner anderen Wirkung als der, daß ihm nach Einziehung des Weges wieder die freie Verfügungsmacht über den Wegekörper zufällt und daß er vorher die spärlichen Befugnisse ausüben kann, die dem Eigentümer trotz Öffentlichkeit des Weges verbleiben. Aber auch eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage über die Öffentlichkeit oder Nicht-Öffentlichkeit eines Weges kennt das den Feststellungsklagen überhaupt feindliche preußische Recht nicht[7]. Nur wenn die Wegepolizeibehörde einen Weg für den öffentlichen Verkehr in Anspruch nimmt oder eine wegebaupolizeiliche Verfügung erläßt und auf Einspruch ihren Standpunkt nicht ändert, ist in dem anschließenden Verwaltungsstreitverfahren „auch darüber zu entscheiden, ob der Weg für einen öffentlichen zu erachten ist" (ZustG. § 56[1,4]).

[1] Vgl. oben S. 257. [2] SächsOVG. 18. Febr. 25, Jahrb. 29, 92ff.

[3] LVG. Schwerin 10. Jan. 30, MecklZ. 46 (1930) Sp. 470ff.; KG. 20. März 28, RVerwBl. 49 (1928) S. 967f. Vgl. auch die am Kopfe des Paragraphen genannten Abhandlungen von Helfritz und Laue, ferner v. Almsick Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs 1928 S. 69ff.; KG. 18. Mai 28, RVerwBl. 50 (1929) S. 37f.

[4] Von Thoma, ArchÖffR. 38 (1918) S. 307, vorgeschlagener Ausdruck.

[5] PrOVG. 20. Mai 15, PrVerwBl. 37 (1916) S. 105f. Anders bei einer über den Weg zu spannenden Privatbrücke: SächsOVG. 20. Dez. 29, Jahrb. 34, 245ff.

[6] Vgl. RG. V. ZivSen. 18. März 14, Gruch. 59 (1915) S. 170ff.

[7] PrOVG. 24. Mai 17, PrVerwBl. 39 (1918) S. 292ff.

Im gleichen Verfahren entscheiden die Verwaltungsgerichte auch über die bestrittene Wegebaupflicht. Leugnet der zur Ausbesserung Herangezogene die Öffentlichkeit des fraglichen Weges oder die Erforderlichkeit der verlangten Ausbesserung, so klagt er ausschließlich gegen die Wegepolizeibehörde. Will er aber unbedingt oder fürsorglich geltend machen, daß nicht er, sondern ein anderer der nach öffentlichem Rechte Wegebaupflichtige sei, so muß er auch diesen verklagen (§ 56⁴). Da die Klagefrist zwei Wochen nach Zustellung des Einspruchsbescheids abläuft, ist es für ihn wichtig zu wissen, daß die Erhebung der Erstattungsklage gegen den Dritten nicht an die zweiwöchige Frist gebunden ist (§ 56⁶). Außer der Erstattungsklage kennt das Gesetz ausnahmsweise auch die gegen den Dritten zu richtende Feststellungsklage darüber, wem von beiden die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Anlegung oder Unterhaltung des öffentlichen Weges obliegt (§ 56⁵).

## II. Die öffentlichen Anstalten.

Mit der öffentlichen Sache stellt die Verwaltung der Allgemeinheit nur einen Gegenstand zur Verfügung. Auch wo zur Erhaltung der öffentlichen Sache Tätigkeiten erforderlich sind, hat der Benutzer keinen Anspruch auf ihre Vornahme. Anders bei der öffentlichen Anstalt, die eine Verbindung von sachlichen und persönlichen Mitteln darstellt, durch die der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt seine Zwecke öffentlichrechtlich erfüllt. Die Anstalt ist uns schon einmal begegnet als juristische Person des öffentlichen Rechts, z. B. bei Erwähnung der Landesversicherungsanstalten und der Reichsversicherungsanstalt für Angestellte (oben S. 178f.). Die meisten Anstalten aber, wie Kranken-, Heil- und Pflegeanstalten, Bibliotheken, Schulen, haben keine eigene Rechtspersönlichkeit, höchstens daß ihr Vermögen gesondert vom sonstigen Vermögen des Staats oder des Kommunalverbandes verwaltet wird.

Da sich die Träger öffentlicher Gewalt auch privatwirtschaftlich betätigen können, drängt sich zunächst der Gegensatz auf zwischen

**1. privatrechtlich und öffentlichrechtlich betriebenen Anstalten.** Der Unterschied hängt aufs engste zusammen mit dem, was an früherer Stelle über das Verhältnis zwischen öffentlichrechtlicher Gebühr und privatrechtlicher Gegenleistung gesagt wurde (S. 387f.). Bei gewissen Anstalten springt das Öffentlichrechtliche ohne weiteres in die Augen. So werden Staat oder Gemeinde Schulen kaum jemals anders denn öffentlichrechtlich betreiben, ebensowenig die mit den Hochschulen verbundenen Institute, wie Universitätsbibliotheken, Seminare u. dgl. Auch die mit persönlichem Zwange arbeitenden Irrenanstalten, Arbeitsanstalten und Gefängnisse leben nach öffentlichem Rechte, ebenso die mit Benutzungszwang ausgestatteten Gemeindeschlachthäuser[1]. Aus Gründen, die bei Erörterung des Gebührenrechts dargelegt wurden (S. 388), gehören auch die Veranstaltungen der Post- und Telegraphenverwaltung dem öffentlichen Rechte an, während der Eisenbahnbetrieb im Verhältnis zum Publikum aus geschichtlichen Gründen nach Handelsrecht beurteilt wird. Bei einer Reihe von Betrieben aber kann die Zuweisbarkeit zu dem einen oder dem andern Rechtsgebiet zweifelhaft sein, so vor allem bei den Gemeindebetrieben zur Versorgung der Einwohner mit Gas, Wasser, Elektrizität. Hier entscheidet der ausgesprochene oder mutmaßliche Wille des Herrn der Anstalt[2]. Anhaltspunkte für die Ermittlung dieses Willens fanden ebenfalls schon beim Gebührenrecht ihre Erörterung (S. 387f.).

**2. Die Rechtsquellen des öffentlichen Anstaltsrechts.** Die Rechtsquellen des öffentlichen Anstaltsrechts fließen außerordentlich spärlich, eine Tatsache, die

[1] PrOVG. 15. März 27, Entsch. 82, 33ff.

[2] WürttVGH. 17. Juni 03, WürttJ. 15 (1904) S. 225ff.; SächsOVG. 6. Febr. 24, JW. 1926 S. 899; PrOVG. 27. Okt. 14, Entsch. 68, 111ff.; LVG. Schwerin 13. Juni 30, MecklZ. 47 (1930) Sp. 32ff. Vgl. auch RG. II. ZivSen. 26. Febr. 26, RVerwBl. 49 (1928) S. 790f. (städt. Theater).

nicht verwunderlich ist, wenn man bedenkt, daß die Anstalt dem einzelnen meist Vorteile bringt, für Vorteilsgewährungen aber der Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung keine Anwendung findet.

Frei von der Erforderlichkeit eines Gesetzes ist zunächst die Errichtung der Anstalt. Wohl mag der Staat für den Bau von Überlandzentralen, Museen, Bibliotheken aus Gründen des Staatshaushalts an die Bewilligung der erforderlichen Mittel durch Gesetz gebunden sein; sofern ihm aber die Mittel von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden, bedarf er keiner gesetzlichen Grundlage für die Errichtung der Anstalt. Das gleiche gilt für den Betrieb der Anstalt, es sei denn, daß von ihr Störungen über das Maß des nach Nachbarrecht zu Duldenden auf die Umgebung ausgehen. Auch das Verhältnis der Anstalt zum Nutzer untersteht in den meisten Fällen nicht dem Grundsatze von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, da der Grundsatz, wie früher gezeigt (S. 122), bei besonderen Gewaltverhältnissen nicht Platz greift, der Benutzer einer öffentlichen Anstalt aber, etwa einer Bibliothek, sich der Anstaltsgewalt entweder freiwillig unterwirft oder ihr kraft Hausrechts unterworfen ist. Selbst für die Pflicht zur Zahlung von Gebühren genügt eine Bestimmung der Anstaltsordnung, wenn sie nur den treffen soll, der sich ihr freiwillig unterwirft. So bleibt die unbedingte Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage nur übrig für die Einführung einer jeden Art von Benutzungszwang oder von Regal (Monopol). Der Benutzungszwang kann negativ sein, dann verlangt das Gesetz nicht die Benutzung einer bestimmten öffentlichen Anstalt, sondern verbietet nur die Benutzung einer anderen Anstalt als der vorhandenen öffentlichen. Dies ist z. B. bei den gemeindlichen Schlachthäusern nach dem preußischen Gesetze vom 18. März 1868 über die Errichtung öffentlicher, ausschließlich zu benutzender Schlachthäuser der Fall. Niemand ist gezwungen, seine Rinder, Ochsen, Schafe, Schweine überhaupt zu schlachten; er kann sie eines natürlichen Todes sterben lassen. Wenn er sie aber schlachten will, so ist es ihm verboten, dies anders zu tun als unter Benutzung des Gemeindeschlachthauses. Positiv dagegen ist der Benutzungszwang z. B. beim Schulzwang, weil es hier dem Kinde nicht freisteht, von der Schule fernzubleiben. Auch den Versicherungszwang in der Gebäude-, der Schlachtviehversicherung und im sozialen Rechte kann man hierher rechnen. Über die Frage, ob Benutzungszwang auch durch Polizeiverordnung eingeführt werden kann, war an früherer Stelle die Rede (S. 440). Richtet sich die Ausschließlichkeit der bevorrechteten Anstalt nicht oder nicht allein gegen die Benutzer, sondern darüber hinaus gegen die Unternehmer gleichartiger Privatanstalten, so besteht zugunsten der öffentlichen Anstalt ein sog. Regal oder, wenn hauptsächlich Erwägungen geldlicher Art zu einer derartigen Bevorzugung geführt haben, ein Monopol. So gibt es im Deutschen Reiche ein Postregal nach dem Gesetze über das Postwesen vom 28. Oktober 1871, ein Telegraphen- und Fernsprechregal, sowie ein Regal zur Errichtung und zum Betriebe von Funkanlagen nach dem Gesetze über Fernmeldeanlagen vom 14. Januar 1928.

**3. Träger der öffentlichen Anstalten.** Träger der öffentlichen Anstalten können Reich, Länder, Kommunalverbände, sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentliche Unternehmer sein. Letztes beides wird namentlich bei Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerken vorkommen, solange die Gemeinde aus Vorsicht diese Anstalten nicht in eigene Verwaltung übernommen hat. Die Trägerschaft gewisser Anstalten ist gesetzlich festgelegt, so bei den oben erwähnten Regalien, dann nach § 7 des preußischen Dotationsausführungsgesetzes vom 8. Juli 1875, der den Provinzen eine Reihe von Taubstummen-, Waisen-, Irrenanstalten und Hospitälern zur Verwaltung und Unterhaltung überweist. Das Hinterlegungswesen ist durchweg eine Veranstaltung der Länder[1], während die Sparkassen,

[1] Z. B. pr. HinterlegungsO. v. 21. Apr. 13 § 2.

soweit man in ihnen öffentliche Anstalten erblicken darf[1], Einrichtungen von Gemeinden, Kreisen oder Zweckverbänden zu sein pflegen[2].

**4. Die anstaltlichen Rechtsverhältnisse, ihre Entstehungs- und Endigungsgründe.** a) Die Rechte des Nutzers beginnen frühestens mit der Fertigstellung der Anstalt. Einen Anspruch auf Errichtung oder Erweiterung einer öffentlichen Anstalt hat niemand. Aber auch nach Fertigstellung der Anstalt steht das Recht auf Zulassung dem einzelnen nur dann zu, wenn Gesetz oder untergeordnete Rechtsnormen es ihm verleihen. Allerdings findet man den Zulassungszwang bei öffentlichen Anstalten viel häufiger als bei privaten Betrieben. Bei den Anstalten der Gemeinden und höheren Kommunalverbände pflegt er sogar ganz allgemein gesetzlich festgelegt zu sein[3] und bildet nach der — an sich verfehlten[4] — Rechtsprechung eine unbedingte Voraussetzung für die Einführung sog. Gemeindemonopole durch Polizeiverordnung[5]. Doch gibt es auch Ausnahmen von der Regel. So ist der Direktor eines juristischen Seminars zwar gezwungen, jeden an der fraglichen Universität eingeschriebenen Studenten der Rechtswissenschaft als Mitglied zuzulassen, Referendaren und Assessoren gegenüber aber hat er freie Hand. Ebenso ist die Zulassung eines neuen Teilnehmers zum Rundfunkbetrieb, anders als die Annahme und Beförderung von Postsendungen nach § 3 PostGes., ein Akt des freien Ermessens[6], ein Umstand, der zum Teil mit einer etwas gekünstelten Rechtskonstruktion des Gesetzgebers zusammenhängt. Die Anbringung einer Empfangsanlage wird nämlich als Ausübung der dem Reiche vorbehaltenen Funkhoheit aufgefaßt, zu deren Einschränkung durch „Verleihung" das Reich nicht soll gezwungen werden können[7].

Nach der Zulassung hat der Zugelassene ein Recht auf Benutzung der Anstalt nach Maßgabe ihrer Zweckbestimmung und der etwa erlassenen Anstaltsordnung. Zuständig zum Erlasse der Anstaltsordnung ist im Zweifel der Vorsteher der Anstalt. Da sie sich nicht an einen unbestimmten Kreis von Personen richtet, sondern nur an die der Anstaltsgewalt Unterworfenen, ist sie keine Rechtsnorm; sie gehört, wie die Dienstinstruktionen, zu den Verwaltungsverordnungen. Daß sie keine Rechtsnorm sein kann, lehrt auch der Vergleich mit den privaten Kranken-, Bade-, Schul- und sonstigen Anstalten; auch deren Leiter kann Anstaltsordnungen erlassen, vielleicht sogar mit öffentlichen Anstaltsordnungen wörtlich übereinstimmende, aber, als Privatperson, niemals Rechtsnormen.

Die Rechte des Nutzers endigen mit dem freiwilligen Ausscheiden. Daneben gibt es ein erzwungenes Ausscheiden: Sperrung der Wasserleitung, Entfernung aus der Schule, das dem Studenten erteilte consilium abeundi sind Beispiele hierfür. Die Möglichkeit einer Ausschließung wegen anstaltswidrigen Verhaltens, insbesondere auch wegen Nichtzahlung der vorgeschriebenen Gebühren, ist in den Anstaltsordnungen vielfach ausdrücklich vorgesehen, versteht sich aber auch ohne solche Bestimmung von selbst.

b) Von den Rechten der Anstalt ist das Recht des Benutzungszwanges, soweit es überhaupt als subjektives Recht gesetzlich ausgestaltet ist, soeben und das Recht auf Gebühren früher (S. 387ff.) erörtert worden. So bleibt noch das Recht der Anstaltsgewalt.

Je nach der Art der Anstalt ist die Anstaltsgewalt dem Hausrecht nachgebildet, endigt also, sobald der Benutzer den Bereich der Anstalt verlassen hat, oder erfaßt als Anstaltsdisziplin das Leben des Anstaltsunterworfenen auch

[1] Vgl. Kleiner Das Recht der öffentlichen Sparkassen 1930.

[2] Vgl. ZustG. § 52; Mustersatzungen d. pr. Min. d. I. v. 26. Juli 27, MinBliV. 1927 Sp. 760ff.

[3] Z. B. pr. LGemO. v. 3. Juli 91 § 8, KrO. v. 13. Dez. 72 § 7², ProvO. v. 29. Juni 75 § 6².

[4] Vgl. oben S. 440. [5] PrOVG. 25. Apr. u. 20. Dez. 12, Entsch. 61, 187ff. u. 62, 241ff.

[6] G. ü. Fernmeldeanlagen v. 14. Jan. 28 § 2 II (a. E.).

[7] Vgl. Neugebauer Fernmelderecht³ 1929 S. 102ff.

außerhalb des räumlichen Anstaltsbereichs. Von der ersten Art sind z. B. die Museen, die Präsenzbibliotheken, die Badeanstalten, die Gefängnisse[1], von der zweiten Art vor allem die Schulen und Universitäten und in gewissem Umfange die Krankenanstalten, die dem dort Untergebrachten das Ausgehen gestatten. Aber immer richtet sich die Gewalt der Anstalt nur gegen den mit ihr anstaltsmäßig Verbundenen. Die sog. Anstaltspolizei, die sich auch gegen störende Dritte soll wenden können, gibt es, soweit nicht Notwehr in Frage kommt, nach früher Gesagtem (S. 436) nur kraft besonderer gesetzlicher Grundlage[2].

Die Anstaltsgewalt hat, ähnlich wie die Polizeigewalt, gewisse ungeschriebene Grenzen. Vor allem muß ihre Ausübung sich innerhalb des Zweckes der Anstalt halten. Der Vorsteher eines Gymnasiums kann z. B. den Schülern seiner Anstalt das Rauchen auf der Straße oder das Umhertreiben auf der Straße nach neun Uhr abends verbieten, da sich die erste Anordnung durch den Erziehungszweck des Gymnasiums, die zweite u. a. durch die Erwägung rechtfertigen läßt, daß spätes Schlafengehen die Aufnahmefähigkeit des Schülers am folgenden Tage beeinträchtigt. Auch das Tanzverbot liegt im Rahmen des Zulässigen, da auch hier der Erziehungszweck hereinspielt, während das früher üblich gewesene Verbot des Fußballspiels oder anderer sportlicher Betätigungen die Grenzen der Anstaltsgewalt überschritt. Bei Universitäten ist die Grenze wieder anders zu ziehen, da die Eltern ihre Söhne der Universität nicht zu Erziehungszwecken anvertrauen, so sehr es das nobile officium des akademischen Lehrers sein mag, den Studenten auch sittlich zu führen. Bei der akademischen Disziplin sind vielmehr namentlich zwei Gesichtspunkte wichtig: die Würdigkeit des Studenten und die Ehre der Universität. So hatte einmal der Senat einer Universität über die Bestrafung eines Studenten zu entscheiden, der in einem Liebesverhältnis zu einer verheirateten Frau stand, ohne daß es zu einem Ehebruch kam. Die Tatsache war in der Öffentlichkeit unbekannt und nur durch die Anzeige des Ehemanns zur Kenntnis der akademischen Behörde gekommen. Da eine innerhalb der Grenzen des strafrechtlich Erlaubten sich haltende Liebesleidenschaft den von ihr Ergriffenen noch nicht unwürdig macht, akademischer Bürger zu sein, und da die Ehre der Universität nicht gefährdet war, solange die Angelegenheit unter sechs Augen blieb, durfte der Senat im gegebenen Falle nicht auf Entfernung von der Universität erkennen. Ähnlich wie im Polizeirecht darf ferner die an sich zulässige Maßnahme nicht das Maß des Erforderlichen überschreiten. So darf der Gefangenanstaltsvorsteher von den eingelieferten Gefangenen Abgabe aller Barschaft zur Aufbewahrung verlangen, nicht aber die verheimlichte Barschaft für verfallen erklären. Auch die Mittel der Anstaltsgewalt sind von deren Zweck abhängig. So rechtfertigt der Erziehungszweck der Schulen die Bestrafung des Schülers mit Nachsitzen, Arrest, Karzer, körperlicher Züchtigung, falls letzte nicht gesetzlich verboten ist, während die Leitung einer öffentlichen Badeanstalt den ungezogenen Jungen nur ausschließen, aber nicht bestrafen darf.

**5. Gewährleistung der Rechtsverhältnisse.** Der Rechtsschutz des Nutzers ist so mannigfach gestaltet wie der Rechtsschutz öffentlicher Rechte überhaupt. Vielfach bleibt dem Nutzer nur die Beschwerde. Die angemessenste Form des Rechtsschutzes wäre das Verwaltungsstreitverfahren. Preußen eröffnet es auch z. B. für Streitigkeiten wegen Mitbenutzung öffentlicher Gemeindeanstalten[3], aber nur in Ländern mit verwaltungsgerichtlicher Generalklausel bildet das Verwaltungsstreitverfahren die regelmäßige Form des Rechtsschutzes in Anstaltsangelegenheiten.

Auch für die Durchsetzung der Anstaltsrechte bietet sich keine Besonderheit. Die Gebühren unterliegen in der Regel der Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren. Die Anstaltsgewalt betätigt sich durch unmittelbar wirkende Ausschließungsverfügungen und, soweit sie Hausgewalt ist, nötigenfalls durch Ent-

[1] BayObLG. 6. Aug. 27, SammlSt. 27, 198f.
[2] Z. B. brem. Gaswerkges. v. 12. Nov. 93 §§ 11f.
[3] LGemO. § $9^{II}$.

fernung mit Anwendung körperlicher Gewalt, soweit sie Erziehungsgewalt ist, auch durch körperliche Einwirkung außerhalb der Anstalt. Körperliche Gewalt ist auch die Form für die Durchsetzung des positiven Benutzungszwanges: der die Schule aus eigenem Antriebe oder auf Veranlassung der Eltern meidende Schüler wird zwangsweise der Schule zugeführt, unabhängig von der gesetzlich begründeten Bestrafung der Eltern. Doch steht diese Zwangsbefugnis nicht jeder Behörde zu, sondern nur den im Gesetze ausdrücklich genannten, z. B. nach § 132 LVG. der Ortspolizeibehörde und dem Gemeindevorsteher, die auf Ersuchen der Schulbehörde tätig werden[1].

## III. Fortsetzung. Die öffentlichen Schulen; Unterricht und Erziehung.

**1. Die öffentlichen Schulen.** Das Schulrecht gehört wie das Eherecht zu den Gebieten, die der Staat in einem langen Enteignungsprozesse der Kirche entwunden hat. Wohl hat sich der Staat schon im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert durch Einführung der Schulpflicht[2] des Unterrichts angenommen. Aber zu einer weltlichen Angelegenheit wurde die Schule wesentlich erst im neunzehnten Jahrhundert.

a) Rechtsquellen. Die heute geltenden Rechtsquellen verteilen sich seit der Neuordnung zwischen Reich und Länder.

Das Reich hat sich im Art. $10^2$ RV. für das Schulwesen die Grundsatzgesetzgebung vorbehalten und in den Artikeln 142ff. einige wichtige Regeln aufgestellt. Der Entwurf eines umfassenden Reichsschulgesetzes zur Ausführung der Verfassung wurde vom Reichstag der dritten Wahlperiode nicht mehr verabschiedet[3]. Umstritten genug war schon und ist das Gesetz vom 28. April 1920/26. Februar 1927 betr. die Grundschulen und Aufhebung der Vorschulen, zu dessen Ergänzung das Begabtengesetz vom 18. April 1925 erging.

Auch in den Ländern fehlt es noch an der so dringend nötigen Kodifikation des gesamten Schulrechts, obschon Thüringen, durch den Zusammenschluß aus vielen Kleinstaaten entstanden und daher notgedrungen kodifikationsfreudig, auch auf dem Gebiete des Schulrechts wichtige zusammenfassende Gesetze erlassen hat[4]. Auch das badische „Schulgesetz" vom 7. Juli 1910 ist im wesentlichen nur ein Volksschulgesetz, das daneben noch einige Bestimmungen über nicht-staatliche Lehr- und Erziehungsanstalten enthält[5]. Besonders unübersichtlich aber wegen provinzialer Verschiedenheiten ist der Rechtszustand in Preußen. Neben dem ALR., das im zwölften Titel des zweiten Teils „von niederen und höheren Schulen" handelt und so seine erstaunliche Vielseitigkeit auch auf diesem Gebiete bewährt, gelten noch Schulordnungen der einzelnen Provinzen, so die für die Elementarschulen der Provinz Preußen vom 11. Dezember 1845, deren das Abänderungsgesetz vom 21. Juli 1926 Erwähnung tut. Beispiele für neuere, im ganzen Lande geltende Gesetze bilden das Volksschulunterhaltungsgesetz vom 28. Juli 1906, das Volksschullehrer-Besoldungsgesetz vom 1. Mai 1928 und das Schulpflichtgesetz vom 15. Dezember 1927.

b) Arten der Schulen. Der Art nach unterschied man bis zur Neuordnung niedere Schulen, Fortbildungsschulen, höhere Schulen, Fachschulen und Hoch-

[1] Vgl. PrOVG. 10. Juli 25, PrVerwBl. 47 (1926) S. 157.

[2] Zuerst 1634 in Hessen-Darmstadt: vgl. HEPPE Geschichte des deutschen Volksschulwesens II 1858 S. 36f. (mit Druckfehler „1534" statt „1634"). Für Preußen vgl. Verordnungen v. 28. Sept. 1717 u. 19. Dez. 1736, bei MYLIUS Corpus Constitutionum Marchicarum I, I. Abt. Sp. 527ff., II. Abt. Sp. 267f.

[3] Entwurf v. 14. Okt. 27, Drucks. d. III. Wahlper. Nr. 3654, zuletzt wieder aufgenommen durch den Antrag SIMPFENDÖRFER u. Gen. v. 5. Febr. 31, Drucks. d. V. Wahlper. Nr. 744.

[4] Schulaufbauges. v. 10. Apr. 30, Schulpflichtges. v. 12. Juni 25, Schulunterhaltungsges. v. 8. Juni 26, Schulverwaltungsges. v. 5. Juli 26/8. Apr. 29, Schulgeldges. v. 6. Juni 29.

[5] Weiter gehen das old. Schulgesetz v. 4. Febr. 10 und das lüb. Unterrichtsgesetz v. 17. Okt. 85.

schulen. Zu den niederen Schulen gehörten die Volksschulen, die mit den höheren Lehranstalten verbundenen Vorschulen und die in Preußen unter dem Namen „Mittelschule“ bekannten gehobenen Volksschulen, zu den höheren Schulen die Gymnasien, Realgymnasien, Oberrealschulen, Realschulen, Lyzeen, Oberlyzeen, Mädchenstudienanstalten und Lehrerseminare. Eine Volksschulpflicht bestand nur als Pflicht mit anderweitiger Befreiungsmöglichkeit, eine Fortbildungsschulpflicht nur in einigen Ländern oder nach § $120^{III}$ GewO. dort, wo sie durch statutarische Vorschrift einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes eingeführt war.

Diesen Zustand hat die RV. nebst zugehörigen Gesetzen durch bindende Richtlinien nicht unbedeutend geändert. Durch Ausgestaltung der vier, bei begabten und auch körperlich gut entwickelten[1] Kindern der drei untersten Volksschulklassen zu der für alle gemeinsamen Grundschule ist für die ersten vier oder drei Jahre die Volksschulpflicht mit anderweitiger Befreiungsmöglichkeit in eine unbedingte Volksschulpflicht umgewandelt worden. Die Folge davon war der Abbau der Vorschulen. Da ferner RV. Art. $143^{II}$ die Bildung der Volksschullehrer nach den Grundsätzen der „höheren Bildung“ geregelt wissen will, war auch das Zeichen zum Abbau der Lehrerseminare gegeben. In Preußen war er kraft eines Ministerialerlasses vom 6. Februar 1925[2] zu Ostern 1926 beendet. Die Anwärter zum Volksschuldienst müssen jetzt die Reifeprüfung bestanden haben; ihrer Fachausbildung dient der zweijährige Besuch einer pädagogischen Akademie[3]. Die Fortbildungsschulpflicht schreibt jetzt RV. Art. 145 bindend vor. Da endlich RV. Art. $146^{I}$ organische Ausgestaltung des öffentlichen Schulwesens anordnet, war zu überlegen, ob nicht auch noch dem Volksschüler der obersten oder zweitobersten Klasse der Weg zur Reifeprüfung zu eröffnen sei. Dies ist geschehen durch Einführung eines neuen Schultyps: der Aufbauschule, die sich an das siebente Volksschuljahr anschließt und deren Lehrgang sechs Jahre umfaßt. Mit dem ebenfalls neuen Typ der Deutschen Oberschule hat sie gemein, daß der Unterricht in der zweiten Fremdsprache erst von Untersekunda an erteilt wird, während der Unterricht in der ersten Fremdsprache, der in der neunklassigen Deutschen Oberschule schon in Sexta beginnt, in der nur sechsklassigen Aufbauschule erst in Untertertia seinen Anfang nehmen kann[4].

*a*) Um mit der *Volksschule* zu beginnen, so wirkt der Rechtszustand für den Außenstehenden dadurch etwas unübersichtlich, daß sich Staat und Gemeinde in die Schulverwaltung im weiteren Sinne teilen. Die Verwaltung der äußeren Schulangelegenheiten, wie Erbauung, Ausstattung, Unterhaltung der Schulgebäude, Verwaltung des Schulvermögens, steht der Gemeinde, die der inneren Schulangelegenheiten, wie Handhabung des Unterrichts, Aufstellung des Lehrplans, Schulzucht, dem Staate zu[5].

Die neueste umfassende Regelung bringt Thüringen mit dem Schulunterhaltungsgesetze vom 8. Juni 1926 und dem Schulverwaltungsgesetze vom 5. Juli 1926/8. April 1929, die zugleich alle mit der Frage zusammenhängenden Probleme aufweisen und deren Inhalt daher kurz wiedergegeben werden soll. Das zweite Gesetz unterscheidet die Verwaltung der einzelnen Schulen, in die sich der Schulleiter, der Lehrerausschuß, die Lehrerversammlung und der Elternbeirat teilen, die Schulaufsicht durch hauptamtlich angestellte Schulräte und das Volksbildungsministerium als „oberer Schulbehörde“ sowie die Schulver-

[1] Dies meint das G. v. 18. Apr. 25 § 1 mit den Worten „besonders leistungsfähig“.

[2] ZBlUnterrichtsV. 1925 S. 43ff.

[3] Beschl. d. StMin. v. 30. Juni 25, ZBl. 1925 S. 245; Denkschrift „Die Neuordnung der Volksschullehrerbildung in Preußen“ 1925; Wende Die pädagogische Akademie als Hochschule (1931). — Hamburg verlangt ein dreijähriges Hochschulstudium: G. v. 20. Dez. 26.

[4] Vgl. die Stundentafeln bei Kühn Schulrecht in Preußen 1926 S. 72, 76; Richert Richtlinien f. e. Lehrplan d. deutsch. Oberschule u. d. Aufbauschulen[4] 1928.

[5] PrOVG. 9. Jan. 14, Entsch. 66, 264ff.

waltung durch Schulvorstand, Schulamt und obere Schulbehörde. Von den Mitgliedern des Schulvorstands wird die Hälfte vom Gemeinde- oder Stadtrat, ein Viertel von der gesamten Lehrerschaft des Ortes und ein Viertel von den Elternbeiräten des Ortes gewählt. Neben der Ausführung von Anordnungen der mittleren und oberen Schulbehörde, vorbereitenden Verhandlungen, Äußerungen über die Anstellung von Lehrern liegt dem Schulvorstand vor allem die Verwaltung des Schulvermögens und der Schulstiftungen, die Aufsicht über die Schulgebäude, die Schulgrundstücke und das Schulinventar, die Sorge für Reinigung, Heizung und Beleuchtung der Schulgebäude und Schulräume, die Förderung der Schulgesundheits- und Schulwohlfahrtspflege, die Sicherung des regelmäßigen Schulbesuchs und die Bestrafung der Schulversäumnisse ob. Ausdrücklich entzogen sind ihm die Dienststrafsachen der Lehrer und die Angelegenheiten des inneren Unterrichtsbetriebes (§ $19^{\mathrm{III}}$). Die mittlere staatliche Verwaltungsbehörde für sämtliche Volks- und Berufspflichtschulen eines Schulkreises ist das Schulamt, das außer dem zuständigen Schulrat in Landkreisen aus dem Landrat, in Stadtkreisen aus dem Stadtvorstand besteht. Es beaufsichtigt die Tätigkeit des Schulvorstandes namentlich in allen schulbaulichen Angelegenheiten und trifft die erste Entscheidung bei Beschwerden gegen ihn. Die obere Schulbehörde ist vor allem zuständig für die Anstellung der Lehrkräfte, soweit sie nicht dem Staatsministerium vorbehalten ist, und zur Herbeiführung des Dienststrafverfahrens gegen Lehrer und Schulbeamte. Daß die Lehrer an öffentlichen Schulen Staatsbeamte sind, die als solche vom Staate angestellt werden, und daß der Schulvorstand hierbei nur zu hören ist, bestimmt das Schulunterhaltungsgesetz ausdrücklich (§ 3). Im übrigen unterscheidet es persönliche Schullasten, wie Besoldungen, Ruhegehälter der Lehrer u. dgl., die der Staat zu $^7/_{10}$ und die Gesamtheit der Gemeinden zu $^3/_{10}$ tragen, und sachliche Schullasten, die der Gemeinde obliegen und zu denen Staat und Kreis nur im Falle der Leistungsunfähigkeit der Gemeinde zuschießen.

Preußen hat, um nur zwei wichtige Punkte herauszugreifen, die Anstellung der Volksschullehrer und die Verteilung der persönlichen Schullasten durch das Volksschullehrer-Besoldungsgesetz vom 1. Mai 1928 geregelt. Anstellungsbehörde ist in der Regel die Schulaufsichtsbehörde, d. i. die Regierung, Abteilung für Kirchen- und Schulwesen. In Schulverbänden mit mehr als 25 Schulstellen besetzt sie aber nur ein Drittel der Stellen, während ihr für die beiden anderen Drittel bloß die Befugnis zusteht, die vom Schulverbande gewählten Lehrer zu bestätigen; sie darf die Bestätigung nur aus erheblichen Gründen versagen (§ $49^{\mathrm{II, IV}}$). Ähnliche Vorschriften, die aber der Regierung durch Beschränkung der Wahl auf drei von ihr Vorgeschlagene eine größere Einwirkungsbefugnis geben, gelten für Schulverbände mit 8 bis 25 Schulstellen[1]. Auch die von der Regierung nur bestätigten Volksschullehrer sind aber unmittelbare Staatsbeamte. Träger der persönlichen Schullasten ist die mit den Rechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgestattete Landesschulkasse (§ $37^{\mathrm{I}}$), deren Vermögen etwa zu einem Viertel vom Staate, im übrigen, soweit keine eigenen Einnahmen oder sonstige Staatszuschüsse vorhanden sind, von den Schulverbänden (Schulgemeinden) nach der Zahl der Schulstelleneinheiten gespeist wird. Der Staat unterstützt die Schulverbände durch Beschulungsgelder, die er nach der Zahl der eingeschulten schulpflichtigen Kinder bemißt (§ 46). Die Aufbringung irgendwelcher Kosten durch Schulgelder der Kinder oder ihrer Eltern verbietet für Volks- und Fortbildungsschulen RV. Art. 145[2].

Das Verhältnis der Volksschule zu den Kindern im Alter meist von sechs bis vierzehn Jahren[3] ist das der Schulpflicht, die aber nach Besuch der Grundschule

[1] § $49^{\mathrm{VII}}$, VolksschulunterhG. v. 28. Juli 06 §§ 58ff.
[2] Vgl. hierzu S. 389 zu N. 2.
[3] Vgl. z. B. §§ 2, 3 pr. G. v. 15. Dez. 27.

ruht, solange für den Unterricht anderweit in ausreichender Weise gesorgt ist. Ausnahmen von der an sich streng durchzuführenden Grundschulpflicht gelten nur kraft Übergangsrechtes zugunsten privater Vorschulen und Vorschulklassen[1], sowie für blinde, taubstumme, schwerhörige, sprachleidende, schwachsinnige, krankhaft veranlagte, sittlich gefährdete und verkrüppelte Kinder[2]. Auch sonst kann ausnahmsweise Privatunterricht zugelassen werden[3]. Das preußische Schulpflichtgesetz vom 15. Dezember 1927 bedroht bei Schulversäumnissen schulpflichtiger Kinder deren Eltern oder Erzieher mit einer Geldstrafe von 1 bis zu 25 Reichsmark für den einzelnen Schulversäumnisfall. Daneben besteht die schon anderweit (S. 517) gewürdigte Möglichkeit für die Polizei, das Kind auf Ersuchen der Schule ihr zwangsweise zuzuführen.

Nach Eintritt in die Schule unterliegt das Kind der Schulzucht, die bei körperlicher Züchtigung häufig bis an die Grenze des Unrechts heranreicht. Einige neuere Gesetze verbieten die Züchtigung unbedingt. In Thüringen hat die Linksregierung die Züchtigungsbefugnis der Lehrer durch Gesetz vom 4. August 1923 beseitigt, die Rechtsregierung durch § 19 des Schulpflichtgesetzes vom 12. Juni 1925 wiedereingeführt[4]. In Preußen gelten nach wie vor noch ALR. §§ 50ff. II 12 und die Kabinettsorder vom 14. Mai 1825. Danach werden strafrechtlich nur Mißhandlungen geahndet, die dem Kinde eine wirkliche Verletzung zugefügt haben. Mißhandlungen dagegen, die der Gesundheit des Kindes zwar auch nur auf entfernte Art schädlich werden können, aber zu einer wirklichen Verletzung nicht führen, z. B. Stockschläge auf den Kopf, sind nur mit Disziplinarstrafen bedroht, alle übrigen Züchtigungen gestattet. Die Bestimmungen gelten sinngemäß auch für die Schüler höherer Lehranstalten im volksschulpflichtigen Alter, wobei man allerdings, ohne in den Verdacht der Klassenbegünstigung zu kommen, beachten muß, daß die seelische Kränkung über eine solche Züchtigung bei den Schülern höherer Schulen leichter als bei einem Volksschüler Gesundheitsschädigungen nach sich ziehen kann[5].

β) Als zweite Gattung von Pflichtschulen nennt RV. Art. 145 die *Fortbildungsschule*, auch Berufsschule genannt. Man versteht darunter die Schule für die aus der Volksschule entlassenen jungen Leute, die früher abends abgehalten wurde, jetzt meist an einem bestimmten Wochentage. Die unbedingte Fortbildungsschulpflicht ist aber z. B. in Preußen bis heute nicht eingeführt. Das preußische Gesetz vom 31. Juli 1923 über die Erweiterung der Berufs-(Fortbildungs-)Schulpflicht geht zwar über die Vorschriften des § 120 GewO. in persönlicher Beziehung, über die einer Demobilmachungsverordnung vom 28. März 1919 in Beziehung auf die Endgültigkeit der Regelung hinaus, ordnet aber die Fortbildungsschulpflicht nicht selbst an, sondern ermächtigt nur die Kreise und beim Vorliegen eines allgemeinen Interesses auch die Regierungspräsidenten zur Einführung der Schulpflicht durch Satzung.

γ) Von der Mannigfaltigkeit der *höheren Schulen* war schon in der Einleitung dieses Abschnitts die Rede. Anstellungsbehörde und bei gemeindlichen höheren Schulen Bestätigungsbehörde für Studienräte ist in Preußen das Provinzialschulkollegium[6]. Das Diensteinkommen der Leiter und Lehrer an den nichtstaatlichen öffentlichen höheren Schulen ist zuletzt durch Gesetz vom 20. Mai 1929 dem der staatlichen Leiter und Lehrer gleichgestellt worden. Damit hat der Gesetzgeber allerdings die anderweit berührte (S. 360), in der Heftigkeit ihrer Erörterung

[1] RGes. v. 26. Febr. 27.

[2] Grundschulges. v. 28. Apr. 20 § 5. Vgl. z. B. pr. G. über die Beschulung blinder und taubstummer Kinder v. 7. Aug. 11.

[3] Grundschulges. § 4. [4] Ähnlich meckl.-schw. VO. v. 27. Nov. 18 u. G. v. 4. Jan. 26.

[5] Vgl. RG. II 2. März 09, RGSt. 42, 222 f. Hier handelte es sich allerdings um einen Sekundaner.

[6] VO. v. 9. Dez. 42 (GS. 1843 S. 1).

nur als Ehrenfrage zu verstehende Frage nicht entschieden, ob die gemeindlichen Studienräte unmittelbare Staatsbeamte sind oder nicht.

δ) Das den Universitäten Eigentümliche ist ihre im Vergleiche mit anderen Schularten freiere Stellung.

Die Universitäten sind in Deutschland überall Staatsanstalten[1], das ALR. nennt sie ausdrücklich „Veranstaltungen des Staats" (§ 1 II 12), es gibt keine Universitäten einer Stadt, einer Provinz, einer Kirche. Trotzdem besitzen sie Rechtsfähigkeit und sind zum Teile Eigentümerinnen großen Grund- und Kapitalvermögens[2]. Allerdings hat diese sog. wirtschaftliche Selbstverwaltung nur dann erheblichere Bedeutung, wenn das Vermögen durch Stifterwillen an bestimmte Zwecke gebunden ist. Außerdem könnte sie wichtig sein, wenn die eigenen Einkünfte der Universität den gesamten Bedarf deckten. Da aber die Universitäten durchweg Zuschußverwaltungen darstellen, hat eine Universität nicht viel davon, daß z. B. ein Institutsgebäude zum Korporationsvermögen und nicht zum Staatsvermögen gehört.

Das Universitätsrecht ist vereinzelt durch Gesetz[3], sonst durch Satzungen, genauer: Verordnungen in Satzungsform, geregelt, die in Preußen das Staatsministerium als Nachfolger des Königs erläßt (s. S. 132, 145). Der Erlaß neuer Universitätssatzungen für alle preußischen Universitäten hat mit Übergabe der Satzung vom 17. November 1928 an die Universität Kiel begonnen[4]. Die typische preußische Universitätsverfassung ist bekannt: ein von der Dozentenversammlung auf ein Jahr gewählter, vom Unterrichtsminister bestätigter Rektor, ein ebenfalls von den Dozenten gewählter Senat, der Lehrkörper gegliedert in Fakultäten, an deren Spitze der auf ein Jahr gewählte Dekan steht, die Studenten unter bestimmten, z. Zt. nicht gegebenen Voraussetzungen zusammengefaßt in der mit gewissen Befugnissen der akademischen Selbstverwaltung betrauten Studentenschaft[5], als Vertreter des Unterrichtsministers bei Ausübung der Staatsaufsicht ein Kurator mit dem Sitze in der Universitätsstadt. Der Schwerpunkt der nichtstaatlichen Universitätsverwaltung liegt bei den Fakultäten. Sie sind es, die zum Doktor promovieren, durch Erteilung der venia legendi für den akademischen Nachwuchs sorgen und die Besetzung erledigter Professuren durch den üblichen Vorschlag dreier Personen wesentlich beeinflussen.

Die akademische Verwaltung durch Rektor, Senat und Fakultäten zeichnet sich durch weitgehende Autonomie, der Unterrichtsbetrieb durch die Freiheit des Lehrens und Lernens aus. Kein Erlaß des Ministers schreibt das Lehrbuch vor, das den Vorlesungen zugrundezulegen, oder die Bewertung, mit der ein geschichtliches Ereignis oder eine geschichtliche Persönlichkeit dem Hörer nahezubringen sei. Der Satz der RV., daß die Wissenschaft und ihre Lehre frei sind (Art. 142), gilt für die Universitäten als Stätten reiner Wissenschaft und Lehre unbedingt und auch durch Gesetz, Verordnung oder Dienstbefehl nicht beschränkbar[6]. Neben der Lehrfreiheit gilt die Lernfreiheit. Der Student kann sich die zu belegenden Vorlesungen selbst aussuchen. Auch wird bei den Vorlesungen, die nicht mit der Ausstellung eines Scheines verbunden sind, kein Buch darüber geführt, ob der Student anwesend ist oder nicht. Es gilt, im Gegensatze zu dem mehr schulmäßigen Betriebe auswärtiger Staaten, Freiheit des „Schwänzens".

[1] Vgl. SächsOVG. 24. Okt. 29, Jahrb. 34, 161ff.

[2] Vgl. z. B. CURSCHMANN-HOLSTEIN-TRIEPEL Stiftungsvermögen und Selbstverwaltungsrecht der Universität Greifswald 1925.

[3] Hamb. Hochschulgesetz v. 4. Febr. 21.

[4] Eine Erläuterung dieser Satzung bei WENDE Grundlagen d. pr. Hochschulrechts 1930 S. 53ff.

[5] VO. d. StMinisteriums v. 23. Sept. 27, abgedruckt im ZBlUnterrichtsV. 1927 S. 325. Die vielbekämpfte VO. trat an die Stelle einer VO. v. 18. Sept. 20.

[6] Vgl. die Berichte von ROTHENBÜCHER und SMEND auf der Münchener Staatsrechtslehrertagung, Frühjahr 1927, nebst anschließender Aussprache, VStaatsRL. 4 (1928); W. SCHMIDT Freiheit der Wissenschaft 1929; KITZINGER in NIPPERDEY II S. 449ff.

ε) Als weitere Gattung von Schulen seien noch die *Fachschulen*, wie Maschinenbauschulen, landwirtschaftliche Schulen, und die *Fachhochschulen* erwähnt. Die Technischen Hochschulen, Landwirtschaftlichen Hochschulen, Handelshochschulen u. a. haben allmählich ihre Gleichberechtigung in vielen Dingen mit den Universitäten erstritten, wenn sie auch ihrer ganzen Richtung nach im geistigen Leben Deutschlands nicht die gleiche Stellung einnehmen können wie diese[1]. Die Verwaltungsakademien sind nach dem Kriege aufgekommene hochschulmäßige Einrichtungen zur Fortbildung namentlich der Beamten des mittleren Dienstes; sie sind zur Zeit noch private, allerdings vom Reiche nicht unerheblich unterstützte Anstalten auf loser organisatorischer Grundlage.

c) Schule und Kirche. Da die Schulen ursprünglich kirchliche Einrichtungen waren, gibt es auch heute noch mannigfache Beziehungen zwischen Schule und Kirche, die hier nur angedeutet werden sollen, zumal sich noch vieles im Flusse befindet.

Die Reichsverfassung hat die neuerdings wieder viel erörterte Frage, ob die einzelnen Schulen durch ein bestimmtes Bekenntnis Geist und Gepräge, namentlich bei der Auswahl der Lehrkräfte, erhalten sollen, grundsätzlich verneint. Die Schulen sollen Gemeinschaftsschulen (Simultanschulen) sein (Art. 146$^{I}$). Doch gestattet die RV. unter gewissen Voraussetzungen auch die in Preußen vorherrschende religiöse Bekenntnisschule und die in der geistigen Gebundenheit mit ihr verwandte unreligiöse Bekenntnisschule, die sog. Weltanschauungsschule (Art. 146$^{II}$). Den außerdem vorgesehenen, wenn auch nicht ganz klar herausgearbeiteten, vierten Typ, die weltliche Schule, versteht man erst, wenn man die Stellung der RV. zum Religionsunterricht beachtet. Der Religionsunterricht ist für die Bekenntnisschule selbstverständlich. Aber auch die Gemeinschaftsschule muß ihn in ihrem Lehrplane vorsehen. Für die Weltanschauungsschule, z. B. eine Schule der Monisten, gilt dieser Lehrfachzwang nicht, dafür ist hier Unterricht in der Weltanschauung ebenso selbstverständlich wie der Religionsunterricht in der Bekenntnisschule. Die drei Schularten haben also wenigstens ein dogmengebundenes Lehrfach. Hiervon befreit sind die als weltliche Schulen errichteten Schulen (RV. Art. 149$^{I}$), die also nicht das gleiche bedeuten wie die Weltanschauungsschulen, mit ihnen vielmehr nur die Freiheit von jeder Betätigung religiösen Bekenntnisses gemein haben. Auch wo der Religionsunterricht im Stundenplane nicht fehlen darf, ist er übrigens weder für den Lehrer noch für den Schüler Pflichtfach (Art. 149$^{II}$), eine Bestimmung, die in ihrer Beziehung auf den Lehrer anläßlich des bayerischen Konkordats zu Rechtsfragen Anlaß gegeben hat[2].

Die Loslösung des Staates von der Kirche kommt in der Ausgestaltung der Schulaufsicht zum Ausdruck. Sie ist Staatsaufsicht und darf sich auch nicht dadurch zu einer, wenn auch nicht rechtlichen, so doch tatsächlichen Aufsicht der Kirche wandeln, daß der Staat einen Pfarrer nebenamtlich mit den Aufgaben der Schulaufsichtsbehörde betraut (Art. 144).

**2. Privatschulen und Privatunterricht.** Da die GewO. das Unterrichtswesen von ihrer Regelung ausschließt (§ 6$^{I}$), soweit sie nicht, wie für die Erteilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht, selbst Bestimmungen enthält (§ 35$^{I}$), ist die Regelung des privaten Schul- und Unterrichtswesens im wesentlichen Landessache. Allerdings enthält auch die RV. für private Schulen, die als Ersatz für öffentliche Schulen dienen, insbesondere für private Volksschulen, einige Bestimmungen

[1] Vgl. aus der neuesten Zeit die Verfassungen der Technischen Hochschulen Karlsruhe und Darmstadt (Bad. GVBl. 1927 S. 145, Hess. RegBl. 1927 S. 17), der Landwirtschaftl. Hochschule Hohenheim (Württ. RegBl. 1922 S. 219) und der Handelshochschulen Mannheim und Königsberg (Bad. GVBl. 1922 S. 660, HMBl. 1930 S. 309).

[2] Vgl. Kratzer Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern 1925 S. 327f.

(Art. $147^{I, II}$)[1], und der Satz, daß private Vorschulen aufzuheben sind (Art. $147^{III}$), findet im Grundschulgesetz, Fassung vom 26. Februar 1927, seine nähere Ausführung.

Das Landesrecht aber ist, jedenfalls was Preußen anlangt, nicht auf der Höhe der Zeit. Allerdings enthält eine Kabinettsorder vom 10. Juni 1834 und eine hierauf beruhende Staatsministerial-Instruktion vom 31. Dezember 1839[2] genaue Vorschriften über die Genehmigung von Privatschulen und Privaterziehungsanstalten und über die Befähigungsnachweise der Privatlehrer, Hauslehrer, Erzieher und Erzieherinnen, aber sie muten schon inhaltlich altertümlich an, wenn z. B. nach § 20 der Instruktion der Hauslehrer die Fleckenlosigkeit seines politischen Wandels nachweisen muß, außerdem gelten sie nur in Altpreußen, werden aber ohne irgendwelche Hemmung[3] auch in den neuen Provinzen gehandhabt. Wenn nicht bald ein Gesetz den Gegenstand für ganz Preußen neu regelt, wird vermutlich die irgendwie herbeizuführende gerichtliche Entscheidung über die Gültigkeit der neuen preußischen, auf der Kabinettsorder vom 10. Juni 1834 fußenden Bestimmungen über den Privatunterricht in der Musik vom 2. Mai 1925[4] die Augen über die Verworrenheit des heutigen Rechtszustandes öffnen. Denn einmal bezieht sich die Kabinettsorder nur auf den Unterricht der Jugend, gestattet also nicht die Einführung einer Prüfungspflicht für die Erteilung eines jeden Musikunterrichts, sodann gilt sie, wie soeben erwähnt, nicht in den neuen Provinzen.

**3. Erziehung.** Während das Grundschulgesetz selbst den häuslichen Unterricht durch die Eltern nicht als Ersatz der Volksschule zuläßt, ist die Erziehung des Kindes nach wie vor der Familie anvertraut. Nur wo die häusliche Erziehung nicht ausreicht, schreitet der Staat ein. Er tut es nach dem Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 in dreifacher Form.

Einmal bedarf die Aufnahme eines noch nicht 14 Jahre alten Kindes als Pflegekind der Erlaubnis des Jugendamtes (§ 20). Dem Jugendamte steht auch die Aufsicht über die Pflegekinder zu (§ 24); es kann bei Gefahr im Verzuge das Kind aus der Pflegestelle sofort entfernen und vorläufig anderweit unterbringen (§ 27). Die Landesgesetzgebung kann weitere Vorschriften zum Schutze der Kinder erlassen (§ 31).

Sodann kennt das Gesetz die Einrichtung der Schutzaufsicht (§§ 56ff.). Das Vormundschaftsgericht ordnet sie über einen Minderjährigen an, wenn sie zur Verhütung seiner körperlichen, geistigen oder sittlichen Verwahrlosung geboten und ausreichend erscheint. Die Schutzaufsicht besteht vor allem im Schutze und in der Überwachung des Minderjährigen durch einen Helfer.

Die schärfste Form des Eingriffs in die Erziehung des Minderjährigen stellt die Fürsorgeerziehung dar (§§ 62ff.). Auch für die Anordnung der Fürsorgeerziehung ist entscheidende Stelle das Vormundschaftsgericht. Die Ausführung des Beschlusses liegt der meist mit dem Landesjugendamte vereinigten Fürsorgeerziehungsbehörde ob (§ 70). Die Fürsorgeerziehung, in einigen Teilen Deutschlands früher unter dem Namen Zwangserziehung bekannt gewesen, ist entweder Erziehung in einer fremden Familie oder Anstaltserziehung. Ihr Zweck ist Schutz des Minderjährigen vor Verwahrlosung. In der Regel kann sie nach Vollendung des 18. Lebensjahres nicht mehr angeordnet werden, nie nach Vollendung des 20. Lebensjahres. Einmal angeordnet, endigt sie spätestens mit Eintritt der Volljährigkeit des Fürsorgezöglings (§ $72^{I}$).

---

[1] Vgl. Vereinb. der Länder zur Durchführung des Art. $147^{I}$ RV., RMinBl. 1928 S. 53, 1930 S. 500.

[2] MinBliV. 1840 S. 94ff.

[3] Obgleich E. v. Bremen, Die preußische Volksschule 1905 S. 723 f., auf die Besonderheiten der neuen Provinzen hinweist und die Geltung der altpreußischen Bestimmungen nur für Schleswig-Holstein, übrigens ohne genügenden Grund, bejaht.

[4] ZBlUnterrichtsV. 1925 S. 158ff. Hierzu die Heidelb. Diss. v. H. Ullrich 1930.

## § 23. Verwaltung durch beliehene öffentliche Unternehmer und Selbstverwaltung.

Otto Mayer II S. 243ff., 256ff., 352—404; Fleiner S. 99ff., 120ff., 341ff.; Schoen S. 255ff.; Hatschek S. 288ff., 328ff., 347ff., 356ff.; Loening S. 180ff., 196ff., 627ff., 694ff.; G. Meyer-Dochow S. 116ff., 346ff.; Herrnritt S. 255ff.; Merkl S. 342ff.

Passow Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen² 1923; Marx und Most Art. „Gemischte wirtschaftliche Betriebe" im HWBKommunalW. II; Schmelcher Art. „Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen" im HWBStW. IV⁴; Erwin Jacobi Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Festschr. f. V. Ehrenberg 1927 S. 1ff.; Saxer Die Verselbständigung kommunaler Erwerbsunternehmungen, Z. f. schweiz. Stat. u. Volksw. 1924 S. 205ff.; Gitermann Konzessionierter oder kommunaler Betrieb von monopolistischen Unternehmungen öffentlichen Charakters? Zürich 1927; W. Gerber Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form, Zürich 1928; Arbenz Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweiz. Recht 1929; Feitelberg Staatliche u. gemischte Aktiengesellschaften im Sowjetstaat 1929. Mallon Rechtsstellung des Beamten im „gemischtwirtschaftl. Unternehmen", ZBeamtR. 2 (1930) S. 178ff. — Stier-Somlo Art. „Konzessionen" im HWBRW. III 1928; Seidlmayer Über das in den sog. Konzessionsverträgen der Gemeinden eingeräumte Übernahmerecht, Gruch. 69 (1927) S. 54ff.; Potschter Wesen und Recht der Konzession (Verleihung) in Deutschland und Sowjetrußland 1928. — Siegel Elektrizitätsgesetzgebung der Kulturländer I—III 1930. Pfleghart Die Konzessionierung der elektrischen Unternehmungen, ArchÖffR. 18 (1903) S. 509ff.; Pasquay Die elektrischen Starkstromanlagen im allgemeindeutschen Verwaltungs-Recht, ArchÖffR. 29 (1912) S. 239ff., 349ff.; A. u. L. Steinhauser Deutsches Elektrizitätsrecht 1928; Henke-Müller-Rumpf Rechtsgrundlagen d. öff. Elektrizitätswirtschaft in Deutschland 1930. Für das Elektrizitätsrecht der Schweiz vgl. E. Fehr u. Kuntschen ZSchweizR. N. F. 46 (1927) S. 1a u. ff., 134a u. ff. — Stern-Aron G. betr. d. Sozialisierung d. Elektrizitätswirtschaft 1920.

Koehne Grundriß des Eisenbahnrechts m. bes. Berücksichtigung Deutschlands, Österreichs und der Schweiz 1906; G. Eger Eisenbahnrecht im Deutschen Reich und in Preußen 1910; Fritsch Handbuch der Eisenbahngesetzgebung im Deutschen Reiche und in Preußen³ 1930; derselbe Das deutsche Eisenbahnrecht² 1928; Sarter-Kittel Reichsbahngesellschaft³ 1931. Arndt Grundlagen des Eisenbahnwesens, VerwArch. 22 (1914) S. 1ff.; Willkomm Die rechtliche Ausgestaltung des deutschen Eisenbahnwesens von 1871—1925 (1926). Gaber Österr. Eisenbahnrecht 1924. — Schunck Bahnpolizeirecht in Preußen 1910.

G. Eger Art. „Kleinbahnen" im WStVR. II; Kommentare z. pr. Kleinbahngesetz von G. Eger³ 1913, Gleim⁴ 1907, Hein u. Krüger 2 Bde. 1929. — Kittel Die rechtl. Stellung des Straßenbahnunternehmers zum Staat und zur Gemeinde, EisenbE. 23 (1907) S. 191ff., 327ff.; M. Lehmann Die Rechte des Unternehmers aus der Kleinbahnkonzession nach pr. Recht 1909; derselbe Die rechtl. Natur der Kleinbahnkonzession, EisenbE. 27 (1911) S. 105ff.; Hein Das Recht der Straßenbahnen in Preußen 1925; Reindl Die Konzessionierung der Privateisenbahnen nach bay. Rechte, EisenbE. 14 (1898) S. 359ff., 15 (1899) S. 82ff.; Schelcher Die Eisenbahnkonzession in Sachsen, mit bes. Berücks. d. elektr. Straßenbahnen, FischersZ. 20 (1899) S. 1ff. Über das württ. Straßenbahnrecht Haller WüRV. 22 (1929) S. 161ff., 23 (1930) S. 26ff. — K. Hinrichs Die Strafmark d. Straßenbahn, Heidelb. Diss. 1930. — Brodmeier Der Begriff der Kraftfahrlinie, HansRGZ. A 1928 Sp. 495ff.; Henning Zum Kraftliniengesetz, MecklZ. 45 (1929) Sp. 269ff.; Schumacher Das Kraftlinienwesen im Bilde der Rechtsprechung, EisenbE. 48 (1929) S. 127ff.; derselbe u. Parisius im „Recht d. Kraftfahrers" 4 (1929) S. 195ff. — Eisenbahn- und verkehrsrechtl. Entscheidungen und Abhandlungen, begr. v. Georg Eger, jetzt her. v. Gerhard Eger, v. Kienitz u. Gordan.

Die oben S. 59 angeführten Schriften über Selbstverwaltung, insbesondere H. Peters Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen 1926. — Dehms Zulässigkeit des unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen preußischen Selbstverwaltungs- und Reichsbehörden, PrVerwBl. 46 (1925) S. 133ff.; Scheerbarth Droht den Gemeinden eine Unterordnung unter die Gemeindeverbände? PrVerwBl. 47 (1926) S. 166f. — Über den eigenen und den übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden Friedrichs Stusev. 1920/21 S. 374ff., 396ff., Pietsch 1930 (Sachsen), über Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten Boock ThürRdsch. 2 (1924) S. 41ff., 52ff., 84ff., H. Loening ebenda 5 (1927/28) S. 117ff., Russell FischersZ. 64 (1929) S. 113ff., über Einzelfragen hierzu Kitz PrVerwBl. 45 (1924) S. 250ff., Blumenthal ebenda S. 379ff. — K. Wolf Über die rechtl. Zulässigkeit e. Betätigung der Gemeinden a. d. Gebiet der Politik, BayVerwBl. 76 (1928) S. 340ff. (hierzu Helmreich ebenda S. 417f.), 77 (1929) S. 104f.; E. Walz Ist die Versorgung des Gemeindegebiets mit elektrischem Strom eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Gemeinde? BadVerwZ. 60 (1928) S. 1ff. — Preuss Art. „Staatsaufsicht", „Bestätigung", „Genehmigung" im HWBKommunalW. III, I u. II; Stier-Somlo Art. „Selbstverwaltung und Staatsaufsicht" im HWBRW. V 1928 S. 434ff. v. Grumbkow Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen 1921. Anschütz Staatsaufsicht und Selbstverwaltung, JW. 1916 S. 1147ff.; Friedrichs Gemeindeaufsicht, VerwArch. 30 (1925) S. 74ff., 179ff.;

Klinghoffer Staatsaufsicht und Subordination, ZStaatsW. 86 (1929) S. 282ff.; Köttgen Verschärfung der Staatsaufsicht? ZSelbstv. 13 (1930) S. 73ff. Über die Gemeindeaufsicht in Bayern Sievers BayGemZ. 38 (1928) Sp. 410ff., 425ff., 457ff., 485ff., Laforet Festschr. f. d. BayVGH. 1929 S. 141ff., in Sachsen v. Gehe FischersZ. 57 (1925) S. 1ff., in Thüringen Reuss Stusev. 1926 S. 354ff., Friedrichs ThürRdsch. 8 (1930) Sp. 289ff., 321ff. Boness Das Beanstandungsrecht im mecklenburg-schwerinschen Kommunalrecht, MecklZ. 45 (1929) Sp. 25ff., 101ff., 177ff., 253ff., 329ff. — G. Schmidt Entscheidungen der Gemeindekammer des Freistaats Sachsen I 1927, II 1929. — P. Hirzel Die Aufsicht des Staates über die Gemeinde mit bes. Berücks. d. Verhältnisse im Kanton Zürich 1923. — Hübener Zwangsmaßnahmen gegen Gemeinden, PrVerwBl. 46 (1925) S. 234ff.; Weinreich Die Zwangsetatisierung, VerwArch. 13 (1905) S. 497ff.; Gut Gemeindehaushalt und Staatsaufsicht, BadVerwZ. 1931 S. 49ff. Über die Einsetzung von Staatskommissaren Riess VerwArch. 35 (1930) S. 299ff., Stier-Somlo, von Leyden, Laue RVerwBl. 51 (1930) S. 781ff., 52 (1931) S. 27ff., 101ff., 164f., 321ff., Giese, Langer DJZ. 1931 Sp. 154ff.

Erik Wolf Die soziologischen Grundlagen der Fürsorge und Wohlfahrtspflege 1927. — Baath VO. ü. d. Fürsorgepflicht[8] 1930; Rutz desgl. 1930; Wölz-Ruppert-Richter Die Fürsorgepflicht[3] 1925; Geiger-Hess desgl.[2] 1926; Muthesius Fürsorgerecht (diese Enzykl.) 1928; derselbe Die Wohlfahrtspflege auf Grund der Fürsorgeverordnung[2] 1928; W. Fleischmann-H. Jaeger Das Verfahren in Fürsorgesachen[2] 1926; Frhr. v. Babo Das Beschwerderecht im bad. Fürsorgewesen, BadVerwZ. 1929 S. 162ff. — Rothgangel Die Familie im Fürsorgerecht, Erl. Diss. 1928. Holz Abschiebung, ZHeimatW. 36 (1931) S. 185ff. Ü. d. Arbeitszwang n. früh. Recht Blüher in FischersZ. 44 (1915) S. 1ff., Stein ebenda 46 (1917) S. 252ff. Marx Rechtsstellung des Fürsorgearbeiters 1929. — Julia Dünner Handwörterbuch der Wohlfahrtspflege[2] 1929. Ollendorff-Kreutzberger Wohlfahrtsrecht. Die wichtigsten Gesetze und Verordnungen des Reichs und Preußens 1929; Heindl-Fries Grundriß d. Fürsorgerechts u. bes. Ber. Bayerns 1930; Gerth Wohlfahrtspflege in Sachsen 1929; Umhauer-Frhr. v. Babo Badisches Wohlfahrtsrecht 1929; Die Wohlfahrtspflege in Thüringen, her. v. Thür. Min. d. I., in Heften, seit 1929. Die Wohlfahrtspflege in Einzeldarstellungen, her. v. Behrend, Wronsky, Karstedt, bisher Bd. 1—4, 1925—26. Beiträge zur sozialen Fürsorge, her. v. (Br. Jung u.) H. Weber, 1—12, 1925—30. Strehl Handbuch der Blindenwohlfahrtspflege 1927; Pappritz Handbuch der amtlichen Gefährdetenfürsorge 1924. Zieger Die Kommunalisierung des Bestattungswesens, ThürRdsch. 1 (1923) S. 49ff., 66ff. — Deutsche Zeitschrift für Wohlfahrtspflege, her. v. Wronsky, Ruppert u. Memelsdorff; Nachrichtendienst d. Deutschen Vereins f. öff. u. priv. Fürsorge, her. v. Polligkeit; Zeitschrift f. d. Heimatwesen, Staßfurt; Die Wohlfahrtspflege i. d. Rheinprovinz, Düsseldorf; Blätter für öff. Fürsorge, München; Bayerische Fürsorgeblätter, Beil. z. BayGemZ. — Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen.

Heyde Abriß der Sozialpolitik[6] 1930. — H. Rosin Das Recht der Arbeiterversicherung I 1893, II 1905; derselbe Die Rechtsnatur der Arbeiterversicherung, Staatsr. Abh., Festg. f. Laband II 1908 S. 41ff.; Kaskel u. Sitzler Grundriß des sozialen Versicherungsrechts 1912; Manes Sozialversicherung[6] 1926 (Göschen-Bändchen); H. Schulz Die deutsche Sozialversicherung[3] 1929; E. Cahn Das Recht der deutschen Sozialversicherung 1926; L. v. Köhler Grundzüge der deutschen Sozialversicherung 1927; Stier-Somlo Sozialversicherung 1927; Erwin Jacobi Grundlehren des Arbeitsrechts 1927 S. 439ff.; Brucker u. a. Die Sozialversicherung I m. Erg., II 1, III, IV, V 1928—30. — Textausgaben der RVO. von Eichelsbacher[14] 1931, Dersch[3] 1931. Großer Kommentar von Hanow-Hoffmann-Lehmann u. a. I[5] 1926, Nachtr. 1928, II[8] 1929, Nachtr. 1931, III[4] 1929, IV[4] 1925, Nachtr. 1925—28, V[4] 1926, Nachtr. 1929; kleinere Kommentare von Hoffmann (1., 5., 6. Buch[13 u. 14] 1926, 2. Buch[13 u. 14] 1925, 3. Buch[8 u. 9] 1926), Stier-Somlo[4] 1930, Nachträge 1930/31, und der von Mitgliedern des RVA. herausgegebene (I[2], II[2], III[2], IV[2] 1929—30). — Dersch Das neue Angestelltenversicherungsgesetz[3] 1926, Nachtr. 1927; derselbe Die neue Angestelltenversicherung (syst. Einführung) 1924. Weitere Kommentare zum AVG. von Stier-Somlo[2] 1924 (mit Nachträgen bis 1. Mai 1927), H. Schulz-Hartmann 1925, Nachtr. 1926, ErgBd. 1928, Allendorff 1925, Meinel[3] 1926. — Thielmann Reichsknappschaftsrecht 1926; Reuss-Hense Das Reichsknappschaftsgesetz[2] 1927; Eckert-Schlick desgl.[2] 1930. — Kommentare zum G. ü. Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung von Fischer[5] 1931, Fischer-Krause 1931, Stier-Somlo[2] 1930, Jaeger-Neuburger-Adam I—III 1928—30, Böhm-Eichelsbacher[2] 1930, Schmeisser I 1931. Luppe Arbeitslosenversicherung und Gemeindehaushalt, Schriften d. D. Städtetages 13 (1930) S. 49ff.; Adam-Hastler-Volmer Krisenfürsorgerecht[7] 1930; Kühne-Rawicz Krisenfürsorge 1931. — Brunn u. Kaskel Rechtsfälle aus der sozialen Versicherung[2] 1927. — Zeitschrift „Die Arbeiterversorgung", z. Z. im 48. Jahrg.; Monatsschrift f. Arbeiter- u. Angestelltenversicherung, begr. von Kaskel, jetzt her. von Moll u. a., seit 1913; Zeitschrift „Die Arbeitslosenversicherung", her. von K. H. Fischer. — Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungsamts; Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts (seit 1928 als „Amtliche Nachrichten für Reichsversicherung" Teil IV des Reichsarbeitsblattes).

Würde alleiniger Träger der Verwaltung der Staat sein, so hätten wir das Ende unserer Darstellung erreicht. Denn die Mittel, mit denen er zur Erfüllung

seiner Aufgaben in die Freiheit des einzelnen eingreift oder dem einzelnen Anteil an den öffentlichen Sachen und sonstigen Einrichtungen gibt, sind uns jetzt bekannt. Der Staat kann aber, statt selbst zu handeln, gewisse Verwaltungstätigkeiten von sich absplittern und mit ihrer Wahrnehmung andere Rechtssubjekte betrauen. Die beiden Formen, in denen er es tun kann, sind die Beleihung eines Unternehmers mit einem Teilgebiet öffentlicher Verwaltung und die Verwendung von Selbstverwaltungskörpern.

## I. Verwaltung durch beliehene öffentliche Unternehmer.

**1. Begriff und Vorkommen.** Unter einem beliehenen öffentlichen Unternehmer versteht man eine Person, juristische oder natürliche, die kraft staatlicher Übertragung öffentliche Verwaltung im eigenen Namen führt, ohne daß diese Verwaltungstätigkeit zu ihren notwendigen Zwecken gehört. Der letzte Zusatz ist erforderlich zur Unterscheidung des öffentlichen Unternehmers von einem Träger der Selbstverwaltung. Jenes Führen der Verwaltung „im eigenen Namen" wieder hebt ihn vom Beamten ab, der nicht im eigenen Namen, sondern dem des Staates oder des sonstigen Dienstherrn tätig ist.

So klar der Begriff ist, so sehr die Möglichkeit der Rechtseinrichtung einleuchtet, so sicher es Beispiele für beliehene öffentliche Unternehmer in der Vergangenheit und im Auslande gibt, so umstritten ist das Vorhandensein der Einrichtung im geltenden deutschen Rechte[1]. Ein verhältnismäßig kurze Zeit zurückliegendes Beispiel boten die deutschen Kolonialgesellschaften, denen durch Kaiserlichen Schutzbrief die Ausübung von Hoheitsrechten in den deutschen Schutzgebieten übertragen war[2]. Auch der Kaperbrief, durch den bis zur Pariser Seerechtsdeklaration von 1856 ein kriegführender Staat einen Reeder ermächtigte, Jagd auf feindliche Kauffahrteischiffe zu machen[3], bedeutete Beleihung mit einem öffentlichen Unternehmen. Die Beleihung eines Grundeigentümers mit der Gerichtsbarkeit in den Zeiten des Lehnsstaates gehört ebenso hierher wie die Gestalt des heute noch in südlichen Ländern vorkommenden Steuerpächters[4]. Auch die Kriegsgesellschaften der jüngsten Vergangenheit trugen Züge öffentlicher Unternehmungen[5]. Das klassische Land der verliehenen öffentlichen Unternehmungen aber ist wohl Frankreich, wo man neben beliehenen Eisenbahn-, Straßenbahn-, Omnibus-, Dampfschiffahrts-, Leichenbestattungsgesellschaften als Konzessionäre eines „service public" auch Hundefänger und andere nützliche Leute antrifft[6].

Wendet man sich dem geltenden deutschen Rechte zu, so ist zunächst zu prüfen, wodurch sich der beliehene öffentliche Unternehmer von anderen Erscheinungen des Verwaltungsrechts unterscheidet. Da man den Verleihungsakt „Konzession" nennt, liegt zunächst der Vergleich mit dem „konzessionierten", besser: genehmigten Gewerbebetrieb nahe. In der Tat fehlt es nicht an Stimmen solcher, die die Genehmigung einer Krankenanstalt und die Konzession eines Eisenbahnbetriebes auf die gleiche Stufe stellen. Bei einigen Verkehrsunternehmungen trifft der Vergleich auch zu; so steht bei der Genehmigung eines Luft-

---

[1] Vgl. die eingehende, gegen Otto Mayer gerichtete Kritik E. Kaufmanns im WStVR. III S. 711ff., ferner G. Holstein Die Lehre von der öffentlichr. Eigentumsbeschränkung 1921 S. 94, Bühler i. d. Festg. f. Fleiner 1927 S. 38.

[2] Schutzgebietsges. v. 25. Juli 00 § 11[I].

[3] Vgl. v. Liszt-Fleischmann Völkerrecht[12] 1925 S. 500.

[4] S. Romano Principii di diritto amministrativo[3] 1912 S. 195.

[5] Daher analoge Anwendung des Amtshaftungsgesetzes v. 22. Mai 10 auf ihre Angestellte: RG. III 16. März 23, RGZ. 106, 373ff. An die Kriegsgesellschaften erinnert wieder die mit Überwachung der Mühlen beauftragte Deutsche Getreide-Handelsgesellschaft m. b. H. nach der VO. ü. Vermahlung v. Inlandsweizen v. 20. Juli 29.

[6] Vgl. Jèze La concession de service public, Revue du droit public 42 (1925) S. 529ff.; derselbe Les principes généraux du droit administratif[3] III 1926 S. 341ff.

fahrtunternehmens nach § 11 des Luftverkehrsgesetzes vom 1. August 1922 der polizeiliche Gesichtspunkt durchaus im Vordergrund[1]. Von der Beleihung einer Person mit einem öffentlichen Unternehmen verlangt man aber mehr als die Wegräumung eines polizeilichen Hindernisses. Der Grundgedanke bei der Verleihung ist der, daß der Staat sich eines an sich ihm vorbehaltenen Betätigungsrechtes begibt und es auf eine andere Person überträgt. Aber der Grundgedanke allein schafft noch nicht die Rechtseinrichtung der öffentlichen Unternehmung, sonst würde z. B. jede Verleihung des Fernmeldebetriebsrechtes an einen Privatmann zur Verbindung seiner über 25 Kilometer von einander entfernten Grundstücke[2] Beleihung mit einem öffentlichen Unternehmen sein, was sie sicher nicht ist. Vielmehr muß sich der Staat eine positive Einwirkung auf das Unternehmen vorbehalten. Es darf ihm nicht gleichgültig sein, ob der Beliehene von der Verleihung Gebrauch macht oder untätig bleibt, er muß den Beliehenen zum Tätigwerden anhalten können, seine Aufsicht muß sich also in ähnlichen Bahnen bewegen können wie die positive Staatsaufsicht über Kommunalverbände. Solche Betätigungspflicht kann aber auch durch privatrechtlichen Vertrag vereinbart werden. So beruht der Betrieb von Polizeimeldeanlagen in Berlin auf einem zwischen dem preußischen Fiskus und der Firma Siemens und Halske oder der Berliner Notruf A.G. geschlossenen Privatvertrage[3]. Auch die Versorgung des Freistaates Lippe mit elektrischer Energie, die in Frankreich sicher Gegenstand einer „concession de service public" gewesen wäre, macht den Inhalt eines zwischen dem Freistaat Lippe und dem Elektrizitätswerk G. m. b. H. Wesertal-Hameln geschlossenen „Konzessions- und Lieferungsvertrages" aus, nach dessen § 15 (zu a) für Streitigkeiten ein Schiedsgericht oder in Ermangelung eines solchen das Landgericht Detmold zuständig sein soll[4]. Was eine Konzession zweifelsfrei über die Sphäre des rein Privatrechtlichen erhebt, ist die Ausstattung des Unternehmers mit Hoheitsbefugnissen. Daß die Verleihung selbst in typisch öffentlichrechtlicher Form vor sich geht, also die Gestalt eines Verwaltungsaktes annimmt, ist nicht erforderlich, wenn auch, ähnlich wie bei der Begründung eines Beamtenverhältnisses, das der Sachlage Angemessene.

Prüft man hiernach das Vorkommen beliehener öffentlicher Unternehmer in Deutschland, so ist an erster Stelle der konzessionierte Eisenbahnunternehmer zu nennen. Nach dem preußischen Gesetze über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 bedarf eine private Gesellschaft zur Anlegung einer Eisenbahn einer königlichen, jetzt staatsministeriellen Genehmigung, die in der Form einer mit mancherlei Bedingungen und Auflagen versehenen „Konzessionsurkunde" erteilt wird. In dieser Urkunde pflegt sich der Staat u. a. die Feststellung und Abänderung des Fahrplanes vorzubehalten[5] und damit seine positive Einwirkung auf den Betrieb zu ermöglichen. Eine Verleihung obrigkeitlicher Befugnisse aber findet sich im § 23 des Gesetzes, wonach die „Handhabung der Bahnpolizei ... der Gesellschaft übertragen" wird[6]. Auch die Genehmigung einer Kleinbahn nach dem Gesetze vom 28. Juli 1892 bringt Hoheitsbefugnisse mit sich. So ist sie fähig, Gegenstände in „amtlicher Verwahrung" im Sinne des § 133 StGB. zu haben[7], und auch ihren Angestellten können „die Rechte und Pflichten von Polizeiexekutivbeamten für den Bereich der bahnpolizeilichen Geschäfte übertragen" werden[8]. Bezeichnend hier wie bei den Eisenbahngesellschaften ist aber, daß die mit Polizeibefugnissen betrauten Angestellten eben nur Angestellte und keine

[1] Vgl. aber auch KG. 30. Juni 30, J.W. 1931 S. 901ff. (Fluglinie).
[2] G. ü. Fernmeldeanlagen v. 14. Jan. 28 §§ 2, 3[3b].
[3] Vgl. RdErl. d. Min. d. I. v. 23. Juli 26, MinBliV. 1926 Sp. 720ff. [4] Bek. v. 27. Mai 27.
[5] FRITSCH Das deutsche Eisenbahnrecht[2] 1928 S. 247, 249.
[6] Vgl. dazu Eisenbahn-Bau- u. BetriebsO. v. 17. Juli 28 (RGBl. II S. 541) §§ 74ff.
[7] RG. II 1. Apr. 19, RGSt. 53, 219f.
[8] AusfAnw. v. 13. Aug. 98, EisenbVBl. S. 225ff., zu § 22, Abs. 6. Vgl. auch BetrO. f. d. el. Straßenbahnen i. Sachsen v. 24. Juli 28 § 2.

Beamte der Gesellschaft sind, sondern Beamtenbefugnisse allein durch eine besondere Verpflichtung für den Staat erlangen; denn die Unfähigkeit, eigene Beamte zu haben, unterscheidet den öffentlichen Unternehmer von den meisten juristischen Personen des öffentlichen Rechts[1], daher auch die Reichsbahngesellschaft mit ihren Beamten, ähnlich wie die Reichsbank, mehr ist als ein beliehener öffentlicher Unternehmer, nämlich eine Anstalt des öffentlichen Rechts[2]. Dagegen kann die Genehmigung einer über die Gemeindegrenze hinausgehenden[3] Kraftfahrlinie nach dem Reichsgesetze vom 26. August 1925 bei entsprechender Gestaltung der Genehmigungsbedingungen die Verleihung eines öffentlichen Unternehmens sein[4]. Ebenso können die meist aus alter Zeit stammenden[5] Fährgerechtigkeiten, falls irgendwelche Hoheitsbefugnisse mit ihnen verbunden sind, mehr sein als bloße Privatrechte[6]. Auch der Privatdozent weist Züge des beliehenen öffentlichen Unternehmers auf. Die an sich recht spärlichen Beispiele lassen sich durch Betrachtung des Rechtslebens der Hansestädte vermehren. So hat Hamburg den Betrieb des Fischmarktes in Cuxhaven sowie der Gaswerke und der Wasserwerke in Hamburg je einer Gesellschaft m. b. H. übertragen[7]. Das Öffentlichrechtliche dieser hamburgischen Gesellschaften m. b. H. besteht nicht sowohl darin, daß der Staat an ihnen sehr erheblich beteiligt ist, denn solche gemischt-wirtschaftlichen Unternehmungen[8] gehören an sich dem Privatrecht an, sondern u. a. in der Zulassung des Verwaltungszwangsverfahrens für die Beitreibung der den Gesellschaften geschuldeten Leistungen[9].

**2. Die preußischen Kleinbahnen insbesondere.** Die verhältnismäßige Seltenheit des Vorkommens öffentlicher Unternehmungen im heutigen Deutschland macht es erklärlich, daß es kein allgemeines Gesetz über die Rechtsverhältnisse öffentlicher Unternehmungen gibt. Daher sei wenigstens ein für die Verwaltung wichtiges Gesetz als Beispiel für Sondergesetze dieser Art kurz betrachtet: das preußische Kleinbahngesetz vom 28. Juli 1892.

Der Hauptanwendungsfall des Gesetzes ist die städtische Straßenbahn, doch gibt es auch Kleinbahnen zwischen mehreren Gemeinden; ein besonderer Abschnitt des Gesetzes handelt von den Privatanschlußbahnen (§§ 43ff.).

Zur Herstellung und zum Betriebe einer Kleinbahn bedarf es der Genehmigung der zuständigen Behörde, d. i. heute, beim Vorherrschen der elektrischen oder durch Dampf getriebenen Bahn, meist des Regierungspräsidenten. Die Genehmigung ist gebunden, sie wird auf Grund vorgängiger polizeilicher Prüfung erteilt, die sich aber auch auf die Wahrung der Interessen des öffentlichen Verkehrs erstreckt (§ 4[4]). Vorher muß der Unternehmer die, allerdings ersetzbare, Zustim-

---

[1] Vgl. oben S. 175f. [2] Vgl. oben S. 179f.

[3] PrOVG. 29. Apr. 26, PrVerwBl. 47 (1926) S. 430ff. Über den Begriff der Kraftfahrlinie auch PrOVG. 31. Mai, 12. Juli, 29. Nov. 28, Entsch. 83, 222ff., 227ff.; 84, 276ff.

[4] Vgl. KraftlinienVO. v. 20. Okt. 28 §§ 16, 17, 20.

[5] Vgl. Frhr. v. Künssberg ZRG. (G.) 45 (1925) S. 144ff.

[6] Vgl. RFinH. 10. Sept. 26, Samml. 19, 294ff. Vgl. auch PrOVG. 24. Sept. 29, Entsch. 85, 63ff. (Brückengeldpächter).

[7] Bekanntmachungen v. 28. März 24 u. v. 25. Juli 23.

[8] Hierüber Passow Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen[2] 1923.

[9] Gesetze v. 28. März 24 u. 25. Juli 23. Ebenso beim Abfuhrunternehmer nach OldOVG. 26. Sept. 07, OldZ. 34 (1907) S. 163. Vgl. ferner die Befugnisse der „Hamburgisch-Preußischen Hafengemeinschaft G. m. b. H." nach dem hamb./pr. Vertrag v. 9./13. März 29 (GesS. S. 60), der „Fischereihafen Wesermünde/Bremerhaven G. m. b. H." nach §§ 8ff. des pr./br. Abk. v. 21. Juni 30 (GesS. S. 225) und der zur Errichtung und Unterhaltung einer Siegelhalle befugten Personen nach dem G. ü. d. Herkunftsbezeichnung d. Hopfens v. 9. Dez. 29. — Die Verleihung des Enteignungsrechts an einen Unternehmer — z. B. die nach dem Neckar-Donau-Vertrag v. 1. Juni 21 gebildete Gesellschaft (RTagsdrucks. III. Wahlp. Nr. 2150 S. 18ff. Ziff. 16) — würde diesen nur dann zum beliehenen öffentlichen Unternehmer machen, wenn er, was aber seit Verschwinden der Kriegsgesellschaften kaum je gemeint ist, selbst enteignen oder wenigstens das zu enteignende Grundstück bindend bestimmen könnte.

mung des beteiligten Wegeunterhaltungspflichtigen beibringen. Nun aber kommen die dem Polizeirecht wesensfremden positiven Einwirkungsbefugnisse des Staates. Sowohl die Ausführung der Bahn, als auch die Eröffnung und die Aufrechterhaltung des Betriebes kann die Genehmigungsbehörde durch Geldstrafen erzwingen (§ $11^{II, III}$). Ebenso kann sie über den Fahrplan und die Beförderungspreise Bestimmungen treffen; allerdings muß sie dem Unternehmer bei Festsetzung der Tarife mindestens innerhalb der ersten fünf Jahre freie Hand lassen, nach Ablauf der festgesetzten Zeit steht ihr aber kraft der sog. Tarifhoheit die Genehmigung der Höchstsätze zu (§ 14). Wegen Erfüllung dieser und anderer Genehmigungsbedingungen und der Vorschriften des Gesetzes unterliegt die Kleinbahn der Aufsicht der Genehmigungsbehörde, wodurch insoweit die Zuständigkeit der Ortspolizeibehörde ausgeschlossen wird (§ 22). Kraft des Aufsichtsrechts kann die Genehmigungsbehörde mit Verwaltungszwang vorgehen, also z. B. nach LVG. § 132 Ersatzvornahme anordnen oder Zwangsstrafen androhen und festsetzen; als äußerstes Zwangsmittel sieht das Gesetz die Zurücknahme der Genehmigung vor, über die auf Klage der Genehmigungsbehörde das OVG. entscheidet (§§ 24 f.). Daneben kennt das Gesetz noch das im Eisenbahnrecht vielfach übliche, dem allgemeinen Enteignungsrecht nachgebildete Erwerbsrecht des Staates für den Fall, daß die Kleinbahn nach Entscheidung des Staatsministeriums eine solche Bedeutung für den öffentlichen Verkehr gewonnen hat, daß sie als Teil des allgemeinen Eisenbahnnetzes zu behandeln ist (§ 30). Der den Kleinbahnen gewidmete Abschnitt des Gesetzes schließt mit der Auferlegung einiger Verpflichtungen zugunsten der Postverwaltung (§ 42).

Dieser kurze Überblick erklärt, weshalb gerade bei der Kleinbahnkonzession, im Gegensatze zur Eisenbahnkonzession, die Ansichten über ihre Rechtsnatur geteilt sind, namentlich, woher es kommt, daß man sie bisweilen den gewöhnlichen polizeilichen Genehmigungen beizählt[1]. Störend wirkt die Gebundenheit der Genehmigung, auch fehlt im Gesetze jede Andeutung einer Übertragbarkeit von Hoheitsbefugnissen auf den Unternehmer oder seine Angestellten. Dennoch ist die Kleinbahnkonzession mehr als das bloße Hinwegräumen polizeilicher Bedenken. Wenn das Gesetz der Genehmigungsbehörde „die Wahrung der Interessen des öffentlichen Verkehrs" (§ $4^4$) anvertraut, so heißt dies eben, daß die Behörde das Unternehmen in ihre Verkehrspolitik einordnen kann. Die obrigkeitlichen Befugnisse der Kleinbahnangestellten nennt das Gesetz selbst allerdings nicht, wohl aber, wie schon erwähnt, die Ausführungsanweisung zu § 22 (Abs. 6). Aber selbst wenn diese fehlten, so würde doch der Umstand, daß die Aufsichtsbehörde den Unternehmer durch Verwaltungszwang nötigen kann, den Betrieb ordnungsmäßig aufrechtzuerhalten, beweisen, daß die Kleinbahnkonzession mit einer Polizeierlaubnis nicht auf gleicher Stufe steht.

## II. Selbstverwaltung.

Während man bei der Darstellung der verliehenen öffentlichen Unternehmungen um Beispiele verlegen ist, ist die Selbstverwaltung eine außerordentlich wichtige Form der Abgabe öffentlicher Verwaltung vom Staate an einen anderen Rechtsträger. Denn unter Selbstverwaltung in dem hier zu gebrauchenden rechtlichen Sinne[2] versteht man die Verwaltung durch Selbstverwaltungskörper, genauer: durch juristische Personen des öffentlichen Rechts innerhalb des Staates, die notwendig dazu da sind, öffentliche Verwaltung selbständig im eigenen Namen zu führen.

---

[1] So Fritsch Handbuch der Eisenbahngesetzgebung[3] 1930 S. 92 N. 6 und Gleim G. ü. Kleinbahnen[4] 1907 S. 58ff. Anders Eger G. ü. Kleinbahnen[3] 1913 S. 37ff. und die dort Genannten; vgl. auch BraunschwVGH. 9. Okt. 29, BraunschwZ. Beil. 75 (1929) S. 23ff.

[2] Vgl. oben S. 62f.

Von den Arten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und von ihrer Verfassung war schon früher die Rede, ebenso von den für sie geltenden Rechtsquellen[1]. Was uns hier noch zu beschäftigen hat, sind die zwischen dem Selbstverwaltungskörper und dem Staate bestehenden Rechtsbeziehungen. Wir greifen den wichtigsten Selbstverwaltungskörper als Hauptbeispiel heraus: die Gemeinde. Auf der anderen Seite steht, mangels einer reichseigenen inneren Verwaltung und mangels reichsunmittelbarer Gemeinden, die nicht zugleich Staaten sind, das Land. An sich wäre es allerdings denkbar, daß die Aufsicht über die Gemeinden nicht dem Lande, sondern einem höheren Kommunalverbande zustände, etwa dem Provinzialverbande. In Deutschland hat man aber den Versuch einer solchen doppelten Selbstverwaltung grundsätzlich vermieden, auch die mit gewissen Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten sächsischen und braunschweigischen Gemeindekammern[2] sind staatliche Behörden, so daß die beiden Gegenspieler die Gemeinde einerseits, das Land andererseits sind.

**1. Rechte und Pflichten der Gemeinde.** Zum Verständnis des Verhältnisses zwischen Gemeinde und Staat ist die Kenntnis einer Zweiteilung der von der Gemeinde zu verwaltenden Angelegenheiten nötig, die im Leben der Gemeinde von großer Bedeutung ist: der Zweiteilung in Selbstverwaltungsangelegenheiten und Auftragsangelegenheiten[3] oder, wie man sich früher, vielfach dasselbe meinend, ausdrückte, in den eigenen und den übertragenen Wirkungskreis. Soweit der Zweiteilung der Gedanke zugrunde liegt, daß der Gemeinde gewisse Verwaltungsbefugnisse kraft angeborenen, ursprünglichen Rechtes zustehen, ist er verfehlt, da man so den Unterschied zwischen dem Staat als dem Träger ursprünglicher Gewalt und der Gemeinde als der Trägerin abgeleiteter Gewalt verwischen würde[4]. In diesem Sinne sind heute alle der Gemeinde zustehenden Rechte übertragene Rechte, denn alle leiten sich aus den vom Staate erlassenen Gemeinde- und Städteordnungen her. Auch die Ahnherrin aller deutschen Städteordnungen, die des Freiherrn vom Stein vom 19. November 1808, erkannte nicht ein bereits bestehendes Selbstverwaltungsrecht der Städte an, sondern schuf es im Gegensatze zur wenig freiheitlichen Gesetzgebung des Polizeistaates neu. Der Unterschied wird vielmehr am besten durch ein Beispiel klar. So ist die Handhabung der Ortspolizei nach preußischem Rechte sicher eine Auftragsangelegenheit der Städte. Zwar liegt die örtliche Polizeiverwaltung in den Händen des Bürgermeisters, also eines Gemeindebeamten, aber sie wird nach § $1^{I}$ des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 „im Namen des Königs", d. h. des Staates, geführt. Der Staat könnte auch einen staatlichen Polizeipräsidenten als Ortspolizeiverwalter einsetzen und tut es häufig. Sein Verhältnis zur Ortspolizeibehörde ist in beiden Fällen das gleiche: beide stehen in dienstlicher Unterordnung zu ihm, beide sind ihm verantwortlich, beide sind an seine Dienstanweisungen gebunden[5]. Beide sind aber dafür frei von jeder Verantwortlichkeit der Gemeinde gegenüber. Der in einer Stadtverordnetenversammlung wegen einer polizeilichen Maßnahme zur Rede gestellte Bürgermeister könnte jede Antwort mit dem Bemerken ablehnen, daß er nur seinen staatlichen Vorgesetzten Rechenschaft schuldig

---

[1] Vgl. oben S. 70 ff., 177 ff.

[2] SächsGemO. v. 1. Aug. 23/15. Juni 25 § 8; braunschw. GemKammG. v. 15. Nov. 24.

[3] Pr. Verfassung v. 30. Nov. 20 Art. $72^{I}$: „Die Provinzen verwalten nach Maßgabe des Gesetzes durch ihre eigenen Organe: a) selbständig die ihnen gesetzlich obliegenden oder freiwillig von ihnen übernommenen eigenen Angelegenheiten (Selbstverwaltungsangelegenheiten); b) als ausführende Organe des Staates die ihnen übertragenen staatlichen Angelegenheiten (Auftragsangelegenheiten)." — Die bay. GemO. von 1927 macht die gleiche Unterscheidung durch verschiedene Benennung der zulässigen Aufsicht: „Staatsaufsicht" allgemein, „Sachaufsicht" nur in Auftragsangelegenheiten (Art. 59 ff., 50).

[4] Vgl. G. Jellinek, System der subj. öff. Rechte[2] 1905 S. 282 ff.

[5] PolVerwG. § $1^{II}$.

sei. Anders, wenn die Handhabung der Ortspolizei Selbstverwaltungsangelegenheit wäre. Zunächst wäre dann der Magistrat und nicht der Bürgermeister zuständig. Ein staatliches Anweisungsrecht würde, soweit sich der Magistrat in den Grenzen der Gesetze hält, nicht bestehen. Dafür wäre der Magistrat der Gemeinde gegenüber verantwortlich. Auch bei den etwa gegen staatliche Anordnungen zu ergreifenden Rechtsmitteln zeigt sich der Unterschied. Der Regierungspräsident verbietet z. B. schlechthin die Genehmigung von Straßenlustbarkeiten nach GewO. § 33b[1]. Nach heutigem Rechte müßte der Bürgermeister gehorchen und hätte nur die Möglichkeit einer dienstlichen Aufsichtsbeschwerde. Wäre die Ortspolizei Selbstverwaltungsangelegenheit, so brauchte sich die Gemeinde um die Anweisung nicht zu kümmern und hätte gegenüber etwaigen Zwangsandrohungen allerdings nicht nach preußischem Rechte, aber nach dem Rechte der Länder mit besser ausgebildeter Verwaltungsgerichtsbarkeit die Klage vor den Verwaltungsgerichten[2]. Der Fall der Ortspolizei liegt insofern besonders kraß, als der Staat hier ein bestimmtes Gemeindeorgan, nicht die Gemeinde als solche beauftragt hat. Auch bei der Betrauung der Gemeinde als solcher mit staatlichen Aufgaben kann es sich aber um Auftragsangelegenheiten handeln, wofern nur ein unbedingtes staatliches Anweisungsrecht besteht. Daher war das Mittel, die widerspenstigen preußischen Gemeinden zur Beflaggung der Dienstgebäude am Verfassungstage zu zwingen, die Erlassung eines Gesetzes, das das Flaggen in die örtlichen Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung — Auftragsangelegenheiten — einreihte[3]. Selbstverwaltungsangelegenheiten sind demnach Angelegenheiten, die die Gemeinde innerhalb der gesetzlichen Schranken nach freiem Ermessen, unbehelligt von staatlichen Anweisungen, unter eigener Verantwortung erledigt, Auftragsangelegenheiten solche, die der Staat einem bestimmten Gemeindeorgan oder der Gemeinde selbst zur Besorgung nach staatlichen Anweisungen überträgt[4]. Zur Unterscheidung voneinander seien die beiden letzten Erscheinungsformen als Auftragsangelegenheiten erster und als solche zweiter Art bezeichnet.

Um mit den Auftragsangelegenheiten erster Art, also den wie bei der städtischen Ortspolizei in Preußen geregelten, zu beginnen, so scheidet hier die Gemeinde als Trägerin von Rechten und Pflichten überhaupt aus. Wohl kann neben der persönlichen Pflicht des Bürgermeisters auch noch eine Kostentragungspflicht der Gemeinde bestehen[5], aber das Verhältnis des Bürgermeisters selbst zur staatlichen Polizeiverwaltung ist keine die Gemeinde unmittelbar angehende Angelegenheit. Vielmehr besteht die Pflicht der Gemeinde gerade darin, die polizeiliche Tätigkeit des Bürgermeisters nicht zu stören, etwa durch einen Magistratsbeschluß, daß die Polizeibeamten keine Uniform zu tragen hätten[6].

Bei den Auftragsangelegenheiten zweiter Art, z. B. der äußeren Schulverwaltung, steht die Gemeinde zum Staate vor allem in einem Pflichtverhältnis. Aber wie sich beim Vormunde die Pflicht zur Fürsorge für den Mündel mit dem Rechte zur Fürsorge verbindet (BGB. § 1793), so kann auch die Gemeinde ein Recht auf Verwaltung einer Auftragsangelegenheit haben, namentlich, wenn ihr für die Verwaltung geldliche Vorteile zustehen. Es versteht sich von selbst, daß sie immer ein Recht hat, nicht überbürdet zu werden.

Bei den Selbstverwaltungsangelegenheiten überwiegt das der Ge-

---

[1] Vgl. Württ. WirtschMin. 10. Aug. 29, ABlWürttInnMin. S. 158 (Tanzbärenführer).

[2] Vgl. SächsOVG. 21. Apr. 25, 21. Apr. 26, 5. Jan. 27, Jahrb. 29, 112ff.; 30, 86; 31, 246ff.; ThürOVG. 1. Mai 29, Jahrb. 13, 87ff. Vgl. auch bad. Min. d. I. 18. Juni 27, BadVerwZ. 1927 S. 103.

[3] G. v. 17. März 29. Über den früheren Rechtszustand PrOVG. 20. Mai 27, Entsch. 82, 82ff.

[4] Hier also die von Gerber S. 24 vermißte Definition; sie stand aber bereits wörtlich so in den Vorauflagen.

[5] PolVerwG. § 3.

[6] PrOVG. 15. Jan. 24, Entsch. 78, 80ff.

meinde auf Führung der Selbstverwaltungsgeschäfte zustehende subjektive Recht. Wenn es z. B. im preußischen AG. vom 29. März 1924 zum Jugendwohlfahrtsgesetz heißt, die Aufgaben der öffentlichen Jugendwohlfahrtspflege mit Ausnahme der Ausführung der Fürsorgeerziehung seien Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 1), so bedeutet dies, daß die Gemeinde ein Recht darauf hat, sich innerhalb der gesetzlichen Schranken in der Jugendfürsorge nach freiem Ermessen zu betätigen. Ebenso wäre es ein gesetzwidriger Eingriff in die Selbstverwaltung, wenn der Staat von sich aus, vielleicht die Absichten der Gemeinde durchkreuzend, Fluchtlinienpläne aufstellen oder sonstwie in die Gestaltung des Städtebildes eingreifen[1] oder die Gemeinde zwingen wollte, entgegen ihrem bisherigen Brauche bei Zuteilung neuer Gräber von der Berücksichtigung der Konfession des Verstorbenen abzusehen[2]. Aber freilich ist dies Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde zugleich eine ihr anvertraute Pflicht. Wenn die Jugendpflege und die Anlegung von Ortsstraßen und Plätzen zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten zählen, so heißt dies nicht, daß die Gemeinde in diesen Dingen nach Belieben untätig bleiben darf, vielmehr gibt es eine Grenze, wo der Staat ihr Tätigwerden verlangen kann. Aber auch abgesehen von dieser äußersten Grenze steht jedes Tun und Lassen der Gemeinde unter dem Gebote pflichtmäßigen Handelns.

Die Rechte der Gemeinde gegenüber dem Staate in Selbstverwaltungsangelegenheiten sind so mannigfach wie die öffentlichen Rechte überhaupt[3]. Den Kern bilden Mitwirkungsrechte, Rechte auf Betätigung der öffentlichen Gewalt, z. B. auf Besteuerung der Gemeindeangehörigen. Daneben finden sich positive Ansprüche gegen den Staat, z. B. auf Überweisung von Reichssteuern nach den Ausführungsgesetzen zum Finanzausgleichsgesetze. Das uns hier am nächsten angehende Recht aber ist das gegen den Staat gerichtete Unterlassungsrecht auf Nichtüberschreitung der der Staatsaufsicht gezogenen Grenzen. Seine Bedeutung läßt sich am besten ermessen, wenn wir nunmehr den Umfang der Staatsaufsicht über Gemeinden näher betrachten.

**2. Die staatliche Kommunalaufsicht.** Neuere Gesetze, wie die Gemeinde- und Kreisordnung für Thüringen vom 8. Juli 1926/22. Juli 1930 haben die Staatsaufsicht über Gemeinden und sonstige Kommunalverbände erschöpfend geregelt (§§ 137ff.). Die preußischen Bestimmungen finden sich zerstreut in den Städte- und Landgemeindeordnungen und dem Zuständigkeitsgesetze. Da aber diese Gesetze den Umfang der Staatsaufsicht im unklaren lassen, greift die Rechtsprechung[4] auch heute noch zurück auf den an sich aufgehobenen, aber als Legaldefinition verwertbaren § 139 der revidierten Städteordnung vom 17. März 1831, der unter Abs. 1b die Aufsichtsbehörde „berechtigt und verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Verwaltung fortwährend in dem vorgeschriebenen Gange bleibe und angezeigte Störungen beseitigt werden". Der hierin zum Ausdrucke kommende, für die Freiheit der Selbstverwaltung so wichtige Grundgedanke, daß die Staatsaufsichtsbehörde bei ihren Anordnungen nicht die Sphäre des freien Ermessens berühren darf — denn in der grundsätzlichen Unantastbarkeit dieser Sphäre liegt gerade das der Selbstverwaltung Eigentümliche —, sondern sich auf die Rechtsbewahrung zu beschränken hat, findet sich sehr klar auch in der thüringischen Gemeinde- und Kreisordnung ausgesprochen. Nach § 137 hat sich die Aufsicht „unbeschadet des Rechtes, die Durchführung der Gemeinde- und Kreisaufgaben durch Beratung zu fördern, darauf zu beschränken, daß das bestehende Recht nicht verletzt wird". Allerdings bezieht sich die grundsätzliche Beschränkung nur auf Anordnungen in der Sache, während der Aufsichts-

[1] Vgl. auch PrOVG. 7. Dez. 15, Entsch. 70, 422ff.
[2] PrOVG. 1. Dez. 11, Entsch. 61, 130ff. [3] Vgl. oben S. 206ff.
[4] Vgl. PrOVG. 9. Mai 93, Entsch. 25, 49.

behörde bei vorbereitenden Anordnungen oder bei sonstiger im Gesetze vorgesehener Mitwirkung die Hände nicht in dieser Weise gebunden sind.

a) Prüft man jetzt die Mittel, die der Aufsichtsbehörde, in Preußen dem Regierungspräsidenten in städtischen Angelegenheiten, dem Landrate als Vorsitzenden des Kreisausschusses in Angelegenheiten der Landgemeinden[1], gegenüber der Gemeinde zur Verfügung stehen, so kann man die von Thüringen ausdrücklich erwähnte Befugnis, der Gemeinde Ratschläge zu erteilen, kurz abtun. Da der Ratschlag keinen Eingriff in die Rechtssphäre des Beratenen bedeutet, bedarf er keiner besonderen gesetzlichen Grundlage. Die ausdrückliche Erwähnung im thüringischen Gesetze hat nur den Vorteil, gereizte Verwahrungen einer Gemeinde wegen angeblicher Bevormundung durch Raterteilung von Anfang an unmöglich zu machen.

Zur Führung einer geordneten Aufsicht gehört vor allem Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse. Daraus folgt das, überdies mitunter ausdrücklich genannte, Recht des Staates auf Besichtigung und Erkundigung. Um ein Recht aber handelt es sich hier, da es die Gemeinde zur Duldung der Besichtigungsmaßnahmen, zum Behilflichsein dabei und zu Auskunfterteilungen verpflichtet. Wer die in Baden üblichen Ortsbereisungen mitgemacht hat, wird sich erinnern, daß die Vorbereitungen auf seiten der Gemeinden gewisse Ähnlichkeiten mit den Vorbereitungen zu einer militärischen Besichtigung aufweisen.

Findet die Behörde etwas tatsächlich zu beanstanden, wie Unzulänglichkeit der Kanalisation in gesundheitlicher Beziehung, Überalterung des Gemeindezuchtbullen, mangelhafte Handhabung der Wohnungsaufsicht, und genügt nicht schon der Hinweis auf den Mangel zu dessen Behebung, so erläßt sie eine bindende Anordnung, einen Aufsichtsbefehl. An ihn denkt man, wenn man die Befugnisse der Aufsichtsbehörde grundsätzlich auf die Rechtsbewahrung beschränkt. Der Befehl z. B., das neu zu errichtende Rathaus im gotischen Stile zu bauen, oder das Verbot, es zu tun, wären unzulässige Eingriffe in die Selbstverwaltung, da sie mit der Rechtsbewahrung nichts zu tun haben.

Die zu beanstandende Gesetzwidrigkeit braucht aber nicht immer tatsächlicher Art zu sein, sie kann auch einer gemeindlichen Willensäußerung, etwa einem Beschlusse des Magistrats oder der Stadtverordnetenversammlung anhaften. Das hiergegen der Aufsichtsbehörde zur Verfügung stehende Mittel ist die Hemmung durch Einspruch oder die Nichtigerklärung, in Preußen zusammengezogen in der unbefristeten Beanstandung mit aufschiebender Wirkung. Einen inhaltlich gesetzwidrigen oder machtüberschreitenden Magistratsbeschluß, z. B. die Übergehung eines Versorgungsanwärters bei Besetzung einer freien Stelle[2], hat der Bürgermeister, nötigenfalls auf Anweisung des Regierungspräsidenten, mit aufschiebender Wirkung, unter Angabe der Gründe, zu beanstanden (ZustG. § $15^{I}$). Sache des Magistrats ist es, zu versuchen, die Beanstandung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aus der Welt zu schaffen. Auch hier ist der Eingriff der Aufsichtsbehörde wegen einer bloßen Meinungsverschiedenheit in Ermessenssachen unzulässig (§ $15^{II}$).

Erst bei dem vierten Mittel der Staatsaufsicht, der Erteilung oder Versagung einer im Gesetze vorgesehenen Zustimmung, Genehmigung, Bestätigung, ragt die Staatsaufsicht in die Ermessensfrage hinein. Wenn nach § $33^{I}$ der preußischen Städteordnung für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853 die gewählten Bürgermeister, Beigeordneten, Schöffen und besoldeten Magistratsmitglieder der Bestätigung durch das Staatsministerium oder den Regierungspräsidenten bedürfen, wenn nach einem Gesetze vom 9. Juli 1925 die Aufnahme

[1] ZustG. §§ $7^{I}$, $24^{I}$.

[2] Vgl. einen ähnlichen Fall in PrOVG. 30. Juni 13, Entsch. 65, 98ff. Über die Beanstandung negativer Beschlüsse oben S. 255f.

ausländischen Kommunalkredits ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde unzulässig ist, wenn die vom Gemeindevorstand im Einverständnisse mit der Gemeindevertretung festgesetzte Fluchtlinie nach § $1^{I}$ des Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 erst mit Zustimmung der Ortspolizeibehörde wirksam wird, wenn nach § $16^{I}$ ZustG. Gemeindebeschlüsse über die Veräußerung oder wesentliche Veränderung von Sachen erheblichen Kunstwerts der Genehmigung des Regierungspräsidenten unterliegen, so hat sich die Prüfung der Staatsbehörde nicht auf die Rechtsfrage zu beschränken, sondern umfaßt auch die Zweckmäßigkeitsfrage im vollen Umfange[1]. Die Aufsichtsbehörde kann also einer Bürgermeisterwahl die Bestätigung auch dann versagen, wenn sie den Gewählten für ungeeignet hält, nicht nur, wenn ihm die Wählbarkeit fehlt oder das Wahlverfahren an einer Gesetzesverletzung leidet.

b) Neben diesen gewöhnlichen Mitteln staatlicher Aufsicht bedarf es noch eines Eingehens auf die der Staatsaufsicht eigentümlichen Mittel des Verwaltungszwangs.

Zunächst stehen dem Staate auch Gemeinden gegenüber die gleichen Mittel des Verwaltungszwangs zu Gebote wie gegenüber Privatpersonen (vgl. oben S. 334 ff.). Allerdings wird die Zwangsvollstreckung wegen einer öffentlichrechtlichen Geldforderung selten sein, der unmittelbare körperliche Zwang überhaupt nicht vorkommen. Dagegen findet man im Gemeindeaufsichtsrecht die Ersatzvornahme und — allgemein gesprochen — das strafende Einschreiten in besonders ausgeprägten Formen.

α) Wichtigster Fall der *Ersatzvornahme* ist die Zwangseinschreibung eines Ausgabepostens in den Haushaltsplan einer Gemeinde, bekannt unter dem Namen der „Zwangsetatisierung“[2]. Eine Gemeinde streicht z. B. bei der Beschlußfassung über den Haushaltsplan alle Mittel für Armenunterstützungen. Da die Unterstützungen der Gemeinde gesetzlich obliegen, verlangt der Regierungspräsident Einsetzung eines entsprechenden Ausgabepostens in den Haushaltsplan und verfügt, wenn die Gemeinde dem Verlangen nicht nachkommt, Eintragung der Summe in den Haushaltsplan (ZustG. § $19^{I}$). Allerdings darf es sich nicht um eine rein private Verpflichtung der Gemeinde handeln[3], das öffentliche Interesse muß irgendwie beteiligt sein. Rein privat ist aber bekanntlich eine Verpflichtung nicht schon deshalb, weil für ihre Geltendmachung die ordentlichen Gerichte zuständig sind (GVG. § 13); daher hat das preußische OVG. wiederholt die Zwangseinschreibung von Gehältern, Ruhegehältern, Hinterbliebenenbezügen der Beamten und von Bezügen solcher Angestellten für zulässig erklärt, deren sich die Gemeinde in Erfüllung einer öffentlichen Pflicht bedient[4].

Ersatzvornahme ist ferner die kommissarische Verwaltung. Weigert sich z. B. eine Stadtverordnetenversammlung, einen Bürgermeister zu wählen, oder wählt sie den nach der ersten Wahl nicht Bestätigten wieder, so kann der Regierungspräsident die Stelle einstweilen auf Kosten der Stadt kommissarisch verwalten lassen[5]. Ebenso tritt bei Beschlußunfähigkeit von Gemeindebehörden wegen persönlicher Beteiligung oder bei Auflösung einer Gemeindevertretung der Bezirksausschuß an die Stelle der Behörde oder der Stadtverordnetenversammlung (ZustG. § $17^{2, 3}$). Die in neuerer Zeit heftig erörterte Frage[6], ob sich die Zulässigkeit der kommissarischen Verwaltung beim Versagen der Selbstverwaltungsorgane

[1] Über Amtshaftung bei schuldhafter Erteilung einer für die Gemeinde nachteiligen Genehmigung RG. III 23. Sept. 27, RGZ. 118, 94ff.

[2] Zusammenstellung der Gesetze hierüber bei FORSTHOFF-SIMONS Zwangsvollstreckung gegen Rechtssubjekte d. öff. Rechts 1931.

[3] PrOVG. 2. März 16, Entsch. 70, 61ff.

[4] PrOVG. 1. März 12, 5. Jan. 22, 26. Apr. 23, 10. März 25, Entsch. 62, 42ff.; 77, 120ff.; 78, 58f.; 79, 29ff. Ebenso OldOVG. 26. März 24, OldZ. 51 (1925) S. 37ff.

[5] Östl. StädteO. v. 30. Mai 53 § $33^{IV, V}$.

[6] Vgl. die S. 525 oben genannten Aufsätze.

auch ohne besondere gesetzliche Grundlage von selbst versteht, ist zu bejahen, da es nie im Sinne einer Gemeindeordnung gelegen sein kann, einen gesetzwidrigen Zustand ohne Abhilfe zu lassen[1]. Eines Zurückgehens auf vergrabene Bestimmungen, wie § 191 II 6 ALR., bedarf es daher gar nicht.

β) Beim *strafenden Einschreiten* der Aufsichtsbehörde denkt man wohl zunächst an die Zwangsstrafe, die der Regierungspräsident und der Landrat im Rahmen des § $132^{2}$ LVG. auch in ihrer Eigenschaft als Kommunalaufsichtsbehörden androhen und verhängen können. Darüber hinaus stehen aber den staatlichen Aufsichtsbehörden gegen sämtliche Gemeindebeamten weitgehende Disziplinarbefugnisse zu. So kann der Regierungspräsident gegen den Bürgermeister und sonstige Gemeindebeamten Ordnungsstrafen festsetzen (ZustG. § $20^{I\,1}$) und gegen sie das Verfahren auf Entfernung vom Amte (§ $20^{I\,3}$) — und das ihm nachgebildete auf Zwangsversetzung in den Ruhestand (§ $20^{II}$) — einleiten. Eine gewisse Verwandtschaft mit der Dienstentlassung hat auch die z. B. in den östlichen Provinzen Preußens dem Staatsministerium zustehende Auflösung der Stadtverordnetenversammlung[2]. Zwar ist sie so wenig ein Zwangsmittel im strengen Wortsinne wie die Disziplinarstrafe, doch wird in vielen Fällen der Beweggrund für ihre Vornahme die Hoffnung sein, die neu gewählte Stadtverordnetenversammlung werde den Wünschen des Magistrats oder der Aufsichtsbehörde gefügiger sein als die alte.

c) Das gegebene Rechtsmittel zur Anfechtung von Übergriffen der Kommunalaufsichtsbehörde ist die Anrufung der Verwaltungsgerichte. In Preußen fehlt hier allerdings eine der Anfechtbarkeit polizeilicher Verfügungen entsprechende Generalklausel für die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit, doch sieht das ZustG. für die wichtigsten Fälle die Klage im Verwaltungsstreitverfahren vor, so gegen Beanstandungen des Bürgermeisters (§ $15^{I}$), gegen Zwangseinschreibungen (§ $19^{II}$), gegen Ordnungsstrafen (§ $20^{I\,1,2}$). Im Verfahren auf Entfernung eines städtischen Gemeindebeamten vom Amte und auf Zwangsversetzung in den Ruhestand ist das OVG. Disziplinargericht im zweiten Rechtszuge (§ $20^{I\,3,\,II}$). Trotzdem macht sich das Fehlen einer Generalklausel bemerkbar. So gibt es keine Feststellungsklagen der Gemeinde gegen die Aufsichtsbehörde oder dieser gegen jene, auch verweigert das OVG., wie früher gezeigt (S. 256), die sachliche Nachprüfung der Beanstandung negativer Gemeindebeschlüsse.

## III. Besondere Zweige der Selbstverwaltung: 1. Öffentliche Fürsorge.

Als Anhang zu den allgemeinen Erörterungen über Selbstverwaltung seien noch einige ihrer Zweige betrachtet, deren sich die Gesetzgebung seit Jahrzehnten in besonderem Ausmaße annimmt: die öffentliche Fürsorge, deren Grundstock auch heute noch die Armenunterstützung bildet, und die soziale Versicherung.

1. **Rechtsquelle des öffentlichen Fürsorgerechts** ist die gesetzeskräftige Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924. Dazu sind am 4. Dezember 1924 Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge ergangen. Außerdem ist für den in der Fürsorgeverwaltung Stehenden die Kenntnis der Ausführungsbestimmungen sämtlicher deutschen Länder unerläßlich[3].

---

[1] PrOVG. 28. Jan. 27, Entsch. 81, 101ff., PrOVG. 17. Jan. 28, RVerwBl. 49 (1928) S. 848ff., hier auch näheres über die Notwendigkeit zweier Kommissare in gewissen Fällen (vgl. oben S. 231). Neuere gesetzliche Regelung der Kommissarfrage in Hessen, G. v. 11. Dez. 30, und Mecklenburg-Strelitz, VO. v. 15. Jan. 31, und neuestens VO. d. RPr. v. 5. Juni 31 II 9 § 3.

[2] Östl. StädteO. § $79^{I}$.

[3] Man findet sie vollständig bei BAATH VO. ü. d. Fürsorgepflicht[8] 1930.

Die preußischen sind vom 17. April 1924[1]. Einige Länder haben darüber hinaus umfassende Wohlfahrtspflegegesetze erlassen[2].

**2. Gegenstand** der den Fürsorgeverbänden obliegenden Fürsorge ist nach § 1 der Reichsverordnung neben der Armenfürsorge die soziale Fürsorge für Kriegsbeschädigte und Kriegshinterbliebene, die Fürsorge für Rentenempfänger der Invaliden- und Angestelltenversicherung, die Fürsorge für die Kleinrentner und die ihnen Gleichstehenden, die Fürsorge für Schwerbeschädigte und Schwererwerbsbeschränkte, die Fürsorge für hilfsbedürftige Minderjährige und die Wochenfürsorge. Der Grund, weshalb diese besonderen Fälle der Fürsorge von der gewöhnlichen Armenfürsorge abgehoben werden, ist einmal einer des Taktgefühls. Dem Sozialrentner, der sein Leben lang gearbeitet, dem Kleinrentner, der seine Ersparnisse durch den Krieg verloren hat, der Frau, die durch Geburt eines Kindes der Allgemeinheit dient, soll das peinliche Gefühl erspart bleiben, Almosenempfänger zu sein. Dann aber sind die „gehobenen“ Fürsorgeempfänger auch sachlich besser gestellt als die der gewöhnlichen Armenfürsorge Anheimgefallenen. So werden die Kleinrentner und Sozialrentner unterstützt, auch wenn sie ein Häuschen besitzen[3], auch empfangen sie eine höhere Unterstützung als die Armen, die Wöchnerin erhält grundsätzlich Wochenfürsorge schon dann, wenn sie nicht ein bestimmtes Mindesteinkommen erreicht[4].

Nur teilweise zur Fürsorgeverwaltung rechnet die früher durch eine besondere Verordnung vom 16. Februar 1924 geregelt gewesene Erwerbslosenfürsorge, nach der die Gemeinden arbeitsfähige und arbeitswillige, aber erwerbslose Personen nebst Familie bis zu 26 Wochen innerhalb eines Jahres unterstützen mußten und die Kosten hierfür teils selbst trugen, teils vom Reiche und vom Lande ersetzt erhielten, teils durch Zuschläge zu den Krankenkassenbeiträgen aufbrachten. In letztgenannter Einrichtung lag der Keim zu einer Arbeitslosenversicherung, die denn auch durch das am 1. Oktober 1927 in Kraft getretene Reichsgesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927 verwirklicht wurde. Soweit aber die Versicherung überhaupt nicht oder noch nicht oder nicht mehr Platz greift, fällt der Erwerbslose doch der allgemeinen öffentlichen Fürsorge anheim (sog. Wohlfahrtserwerbsloser) und belastet die Gemeindefinanzen in unerträglicher Weise.

Nicht zur öffentlichen Fürsorge gehört auch die Sorge für mittellose Personen dann, wenn die Maßnahme ganz oder überwiegend nicht der Unterstützung des Mittellosen, sondern anderen Zwecken dient. Vor allem sind die Polizeikosten wohl von den Fürsorgekosten zu scheiden. Bezweckt die Unterbringung eines Geisteskranken in einer Irrenanstalt in erster Linie den Schutz der Allgemeinheit, so liegt nach der Rechtsprechung des Bundesamts für das Heimatwesen kein Fürsorgefall vor[5], ebenso bei Unterbringung einer als Bazillenträgerin verdächtigen Person in einem Krankenhause[6]. In gleicher Weise sind die Justizkosten der Krankenpflege eines Gefangenen von den Fürsorgekosten zu unterscheiden[7]. Auch die Kosten der Fürsorgeerziehung unterliegen nach § $70^{I}$ des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 9. Juli 1922 einer besonderen Regelung. In Preußen werden sie von den Provinzen und provinzähnlichen Verbänden getragen, doch leistet der Staat einen Zuschuß von zwei Dritteln[8]. Da endlich § 2 der Reichsverordnung landes-

[1] Mit Änderungen v. 17. Febr. 26 u. 29. März 27.

[2] Das sächsische WPflG. v. 28. März 25 ist zugleich AG. z. JugWohlfG. und z. RFürsorgeVO. Vgl. noch bay. FürsG. v. 14. März 30, thür. WPflG. v. 27. Febr. 29 u. lüb. G. ü. d. öff. WPfl. v. 22. März 29.

[3] Reichsgrundsätze §§ $15^{Ie}$, 16.

[4] VO. § $6^{III, IV}$.

[5] BAH. 20. Dez. 24 u. 25. Apr. 25, Entsch. 61, 18ff., 14ff. Abw. PrOVG. 16. Apr. 25, Entsch. 80, 120ff.

[6] BAH. 7. Nov. 25, Entsch. 62, 119ff.

[7] BAH. 3. Okt. 25, Entsch. 62, 44ff.

[8] AG. z. JugWG. v. 29. März 24 §§ 22, 18.

rechtlichen Regelungen großen Spielraum läßt, sind landesrechtliche Sondervorschriften für bestimmte Arten von Fürsorgefällen zulässig. So gibt es in Preußen ein besonderes Gesetz über öffentliche Krüppelfürsorge vom 6. Mai 1920, nach dessen § 2 die Fürsorge für Krüppel unter 18 Jahren, die nicht der Anstaltspflege bedürfen, und die Maßnahmen zur Verhütung der Verkrüppelung zu den Aufgaben der Land- und Stadtkreise gehören. Die Anstaltsfürsorge für hilfsbedürftige Krüppel, außerdem für hilfsbedürftige Geisteskranke, Idioten, Epileptische, Taubstumme und Blinde liegt nach § 6 der preußischen AV. zur FürsorgeVO. den Landesfürsorgeverbänden unbedingt ob, nicht nur dann, wenn ein kostenpflichtiger Bezirksfürsorgeverband fehlt.

**3. Träger der öffentlichen Fürsorge** sind die Bezirksfürsorgeverbände, die Landesfürsorgeverbände und, soweit nicht das Landesrecht eine Abwälzung ausspricht, die Länder, die letzten namentlich bei der Unterstützung von Ausländern (VO. § 13); doch hat Preußen die Ausländer den Inländern gleichgestellt (§ 5 AV.). Wer Bezirks-, wer Landesfürsorgeverband sein soll, bestimmt das Land. In Preußen sind Bezirksfürsorgeverbände die Stadt- und Landkreise, die Stadtgemeinde Berlin und die Insel Helgoland, Landesfürsorgeverbände die Provinzialverbände und gewisse provinzähnliche Verbände. Die in einigen Ländern neben den Bezirksfürsorgeverbänden geschaffenen Ortsfürsorgeverbände sind nach einer im Gegensatze zum Bundesamt für das Heimatwesen ergangenen gesetzeskräftigen Entscheidung des Reichsgerichts mit dem Reichsrecht vereinbar[1].

Außer den Fürsorgeverbänden begegnet als Rechtssubjekt noch der Staat, soweit er die Aufsicht über jene führt, sie namentlich zur Erfüllung ihrer Pflichten anhält. Dagegen ist der Fürsorgebedürftige zwar, sofern § 20 VO. Arbeitszwang gegen ihn zuläßt, als Pflichtsubjekt, nicht aber als Rechtssubjekt beteiligt. Jedenfalls billigt ihm die herrschende Ansicht kein subjektives Recht auf Fürsorge zu[2] und unterscheidet ihn gerade dadurch vom Sozialversicherten. Allerdings gibt ihm jetzt § $3^{III}$ VO. eine Beschwerdemöglichkeit, auch spricht § $3^{IV}$ von „Fürsorgeberechtigten“, doch ist ein echtes Recht damit kaum gemeint. Wo verwaltungsgerichtliche Klagen aus einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse grundsätzlich unbegrenzt zugelassen sind, würde doch, auch wenn eine Sonderregelung für Fürsorgeangelegenheiten fehlen sollte, die Klage des Bedürftigen auf Gewährung von Unterstützung abgewiesen werden. Kein Beweis, aber doch ein Vermutungsgrund gegen das Vorhandensein eines subjektiven Rechts ist es auch, daß die Unterstützung ohne Antrag, ja sogar gegen den Willen des Bedürftigen gewährt wird[3].

**4. Unterstützungsfall und vorläufige Unterstützung.** Unterstützungsfall ist die Hilfsbedürftigkeit. Hilfsbedürftigkeit ist aber nach den Reichsgrundsätzen (§ 6) zu umschreiben als das Fehlen des notwendigen Lebensbedarfs, vor allem des Lebensunterhalts, insbesondere der Unterkunft, Nahrung, Kleidung, Pflege. Zum notwendigen Lebensbedarfe gehört ferner Krankenhilfe, Hilfe zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit, Hilfe für Schwangere und Wöchnerinnen, bei Minderjährigen Erziehung und Erwerbsbefähigung, das letzte auch bei Blinden, Taubstummen und Krüppeln. Nötigenfalls ist auch der Bestattungsaufwand zu bestreiten. Wichtiger als diese Einzelaufzählung ist die Erkenntnis, daß Hilfsbedürftigkeit ein gesellschaftlicher Begriff ist, der daher von den herrschenden Anschauungen seinen Inhalt empfängt. So ist die Frage, ob der vorläufig verpflichtete Bezirksfürsorgeverband für die Anschaffung eines Konfirmandenanzugs

---

[1] RG. III 23. Nov. 27, RGZ. 119, 33ff. u. RGBl. 1927 I S. 513, gegen BAH. 12. März 27, Entsch. 65, 208ff. Kritik der RGEntsch. von mir in der JW. 1928 S. 3041, Ausführungen über ihre Rechtswirkungen von Hess in Bay. Fürsorgeblätter 3 (1928) Sp. 196ff., 247ff., über ihre Zweckmäßigkeit von MinRat. Schmidt in WüRV. 21 (1928) S. 129 ff.

[2] Vgl. oben S. 202. [3] Reichsgrundsätze § $2^{I}$.

Ersatz verlangen kann, nach gesellschaftlichen Anschauungen zu bejahen, während die Hilfsbedürftigkeit, naturwissenschaftlich aufgefaßt als unbefriedigter Bedarf des zum körperlichen Leben Notwendigen, die Anschaffung nicht rechtfertigen würde.

Liegt Hilfsbedürftigkeit, gleichgültig, ob dauernde oder vorübergehende, vor, so ist zur vorläufigen Unterstützung der Bezirksfürsorgeverband verpflichtet, in dessen Bezirk der Hilfsbedürftige sich bei Eintritt der Bedürftigkeit befindet (VO. §§ $7^{I}$, 13).

**5.** Dem vorläufig unterstützenden Bezirksfürsorgeverband steht ein **Erstattungsanspruch** gegen den endgültig verpflichteten Fürsorgeverband zu, in besonderen Fällen auch gegen andere Fürsorgeverbände. Außerdem sieht die VO. Erstattungsansprüche gegen unterhaltspflichtige Familienangehörige und gegen den zu Vermögen oder Einkommen gelangten Unterstützten vor (§§ 21ff.).

Endgültig unterstützungspflichtig ist in der Regel der Bezirksfürsorgeverband, in dessen Bezirk der Hilfsbedürftige bei Eintritt der Hilfsbedürftigkeit den gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ $7^{II}$). Einen erst nach einer bestimmten Frist zu erwerbenden Unterstützungswohnsitz kennt also die VO. nicht mehr. Auch den in der Rechtsprechung zum früheren Gesetze über den Unterstützungswohnsitz zur höchsten Vollendung entwickelten Begriff der Familieneinheit hat die VO. nur in bescheidenem Umfange übernommen (§ $7^{III, IV}$). Dagegen ist, ähnlich wie im früheren Rechte, zum Schutze der Anstaltsorte bestimmt, daß durch den Eintritt in gewisse Fürsorge-, Erziehungs- und Zwangsanstalten an dem Anstaltsorte ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht begründet wird (§ $9^{I}$). Ist ein endgültig verpflichteter Bezirksfürsorgeverband nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln, so ist endgültig verpflichtet der Landesfürsorgeverband, dem der vorläufig verpflichtete Bezirksfürsorgeverband angehört (§ $7^{II}$). Neben diesen Regelfällen sieht aber das Gesetz noch drei Sonderfälle vor. Bei Eintritt der Hilfsbedürftigkeit eines unehelichen Kindes oder seiner Mutter innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt ist endgültig verpflichtet der Bezirksfürsorgeverband, in dessen Bezirk die Mutter im zehnten Monat vor der Geburt zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat, in Ermangelung eines solchen der Landesfürsorgeverband des letzten Aufenthalts jenes Monats (§ 8). Der Gedanke ist, daß der Fürsorgeverband der Gemeinde einzuspringen hat, die durch ihre Eigenart (Großstadt, Hafenstadt!) die uneheliche Empfängnis begünstigt. Die zweite Ausnahme bildet die Haftung des Bezirksfürsorgeverbandes des Dienst- und Arbeitsorts für die Krankenunterstützung während 26 Wochen (§ 11). Eine dritte Ausnahme war für die aus dem Auslande kommenden Deutschen, staatenlosen ehemaligen Deutschen oder staatenlosen Personen deutscher Abkunft zu machen (§ 12), da sonst leicht die Grenzbezirke überbürdet würden[1].

Außer dem endgültig unterstützungspflichtigen Verbande haftet auch der abschiebende Verband, d. h. der Verband, durch dessen pflichtwidrige oder gegen Treu und Glauben verstoßende Handlung die Unterstützungspflicht eines andern Verbandes entstanden ist (§ $17^{I}$). Der Hauptfall wird immer der bleiben, daß der Beamte des vorläufig verpflichteten Verbandes dem Hilfsbedürftigen ein kleines Reisegeld gibt in der Erwartung, daß der Unterstützungsfall scheinbar erst im Verbande des Reisezieles auftritt und so diesen Verband zur vorläufigen Unterstützung verpflichtet. Da die Auffindung des endgültig verpflichteten Verbandes mit großen Mühen verbunden sein kann, ist es keineswegs gleichgültig. ob der abschiebende oder ob der andere Verband zunächst die Kosten trägt.

**6.** Während die Ersatzstreitigkeiten den Hilfsbedürftigen nicht berühren, geht die Pflicht des endgültig verpflichteten oder des abschiebenden Verbandes zur **Übernahme** des Hilfsbedürftigen oder das Recht des endgültig verpflichteten Ver-

[1] Vgl. die eingehende Regelung in der pr. AVO. § 4.

bandes auf Übergabe des Hilfsbedürftigen an ihn (§ 14) den Hilfsbedürftigen auch persönlich an. Allerdings ist nach § 5 des Freizügigkeitsgesetzes[1] Zwang gegen uneheliche, vollverwaiste oder getrennt von beiden Elternteilen untergebrachte eheliche Minderjährige überhaupt nicht, gegen andere Hilfsbedürftige nur bei Armenfürsorge, also nicht z. B. bei Kleinrentnerfürsorge, zulässig. Im übrigen aber richtet sich die fürsorgerechtliche Duldungspflicht des Hilfsbedürftigen genau nach dem Umfange des zwischen den Verbänden bestehenden Rechts auf Übernahme und Übergabe. Auch dieses Recht ist aus Gründen der Billigkeit, insbesondere der Familieneinheit, eingeschränkt, bei nur vorübergehender Hilfsbedürftigkeit kann Übergabe oder Übernahme überhaupt nicht verlangt werden (§ 14$^{IV}$).

7. Der **Rechtsschutz** ist, wenn wir uns auf die Betrachtung des Reichsrechts und des preußischen Rechts beschränken, folgendermaßen geregelt:

Dem Fürsorgesuchenden steht gegen die sein Gesuch betreffende Verfügung der Einspruch, gegen dessen Zurückweisung die Beschwerde an den Bezirksausschuß binnen zwei Wochen zu (AV. § 20). Dieser entscheidet endgültig. Dagegen ist die Ortsverweisung anfechtbar wie jede andere Polizeiverfügung.

Gegen die Verfügungen der Kommunalaufsichtsbehörden sind die im Kommunalaufsichtsrecht allgemein üblichen Rechtsmittel gegeben, also namentlich die verwaltungsgerichtliche Klage gegen Zwangseinschreibungen (oben S. 534f.).

Streitigkeiten der Fürsorgeverbände untereinander über Ersatz, Übernahme und Übergabe werden im Verwaltungsstreitverfahren entschieden (ZustG. § 39). Zuständig im ersten Rechtszuge ist der Bezirksausschuß. Gegen seine Entscheidung geht die Berufung an das Bundesamt für das Heimatwesen in Berlin, dessen Organisation und Verfahren auch heute noch auf dem Unterstützungswohnsitzgesetz vom 30. Mai 1908 beruhen (VO. § 29). Diese, wie der Name andeutet, aus der Zeit des Norddeutschen Bundes stammende Behörde wird vermutlich im künftigen Reichsverwaltungsgericht aufgehen.

## IV. Fortsetzung. 2. Arbeiter-, Angestellten- und Arbeitslosenversicherung.

Der dem Almosen anhaftende Makel mußte dazu führen, der arbeitenden Bevölkerung eine bessere Art der Versorgung in Fällen der Not zu gewährleisten. Den Auftakt zur Verwirklichung des Gedankens bildete die berühmte, von Bismarck am 17. November 1881 im Reichstage verlesene Kaiserliche Botschaft, der der Gedanke zugrunde liegt, „daß die Heilung der sozialen Schäden nicht ausschließlich im Wege der Repression sozialdemokratischer Ausschreitungen, sondern gleichmäßig auf dem der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter zu suchen sein werde". Die Botschaft verheißt daher den Entwurf eines Gesetzes über die Versicherung der Arbeiter gegen Betriebsunfälle, die ergänzende Vorlage über eine gleichmäßige Organisation des gewerblichen Krankenkassenwesens und Maßnahmen zur Ermöglichung erhöhter staatlicher Fürsorge für die durch Alter oder Invalidität erwerbsunfähig Gewordenen. Das Programm, und mehr als dies, wurde in den Jahren 1883 bis 1889 verwirklicht. Das Gesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883 machte den Anfang. Es folgten das Unfallversicherungsgesetz (für gewerbliche Arbeiter) vom 6. Juli 1884, das Gesetz betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen vom 5. Mai 1886, das Gesetz betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen vom 11. Juli 1887 und das Gesetz betr. die Unfallversicherung der Seeleute und anderer bei der Seeschiffahrt beteiligter Personen vom 13. Juli 1887. Den vorläufigen Schlußstein bildete das Gesetz betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889. Dies letzte Gesetz erhielt im Jahre 1899, die Unfallversicherungsgesetze er-

[1] Fassung nach § 30 der VO. v. 13. Febr. 24.

hielten im Jahre 1900 neue Fassungen. Zu einem einheitlichen Gesetzbuche verbunden wurden die drei Zweige der Versicherung erst im Jahre 1911 durch die nicht weniger als 1805 Paragraphen umfassende Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911, deren Text nach vielen Änderungen am 15. Dezember 1924 und teilweise nochmals am 9. Januar 1926 neu bekanntgemacht wurde. Im gleichen Jahre erschien das Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911, das ebenfalls neu verkündet wurde und jetzt als Angestelltenversicherungsgesetz vom 28. Mai 1924 gilt. Von den zahlreichen Nebengesetzen sei noch das umfangreiche Reichsknappschaftsgesetz in der Fassung vom 1. Juli 1926 genannt, das die in knappschaftlichen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer bei einer besonderen juristischen Person, der „Reichsknappschaft", versichert; die Versicherung umfaßt hier neben der Kranken-, Invaliden- und Angestelltenversicherung auch die dem Bergbau eigentümliche Pensionsversicherung. Den Schlußstein des großen Bauwerks bildet das am 12. Oktober 1929 neu bekanntgemachte Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927.

1. Der hauptsächlichen **Träger der sozialen Versicherung**[1] gibt es, der Fünfteilung der Versicherung in Kranken-, Unfall-, Invaliden-, Angestellten- und Arbeitslosenversicherung entsprechend, fünf: die Krankenkassen, zerfallend in Orts-, Land-, Betriebs- und Innungskrankenkassen, die Berufsgenossenschaften als Trägerinnen der Unfallversicherung, die Landesversicherungsanstalten als Trägerinnen der Invalidenversicherung, die Reichsversicherungsanstalt für Angestellte in Berlin und die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung ebendaselbst. Die drei letztgenannten Versicherungsträger sind anstaltlich organisiert unter gleichmäßiger Zuziehung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Berufsgenossenschaften sind, da sie ihrer ursprünglichen Idee nach Haftpflichtversicherungsverbände sein sollten, Zusammenschließungen der Unternehmer, die Krankenkassen sind Vereinigungen der Arbeitnehmer, doch mit Beteiligung der Arbeitgeber zu einem Drittel.

2. Den weitaus größten Teil der **Versicherten** stellen die abhängig Beschäftigten. Es gehört mit zu den reizvollsten Fragen des sozialen Versicherungsrechts, den abhängig Beschäftigten im einzelnen Falle vom selbständigen Unternehmer zu unterscheiden. Sind Wäscherinnen, sind Gasthausmusiker versicherungspflichtig? Ist es ein Maulwurffänger, der für mehrere Gemeinden gegen Entgelt die Tötung von Maulwürfen übernommen hat? Einen guten, auch volkswirtschaftlich hochbedeutsamen Überblick gibt die umfangreiche Anleitung des Reichsversicherungsamts vom 26. April 1912 über den Kreis der nach der RVO. gegen Invalidität und gegen Krankheit versicherten Personen[2]. Wichtig ist dann noch die Unterscheidung der abhängig Beschäftigten in Arbeiter, d. h. im wesentlichen körperlich Tätige, und Angestellte. So gilt das Angestelltenversicherungsgesetz nur für Angestellte, so ist unabhängig von der Höhe seines Jahresarbeitsverdienstes nur der Arbeiter, Gehilfe, Geselle, Lehrling, Hausgehilfe gegen Krankheit versichert, während bei einem Angestellten die Krankenversicherungspflicht aufhört, sobald er mehr als 3600 RM im Jahre verdient[3].

Das der sozialen Versicherung eigentümliche Verhältnis des Arbeitnehmers zum Versicherungsträger ist das der unfreiwilligen Versicherung. Während der Kreis der gegen Krankheit, Invalidität und Arbeitslosigkeit versicherten Personen sehr weit gezogen ist und auch die Angestelltenversicherung grundsätzlich alle nicht rein mechanisch arbeitenden Angestellten umfaßt, deren Jahresarbeitsverdienst den Betrag von 8400 RM nicht übersteigt, versichert die RVO. gegen Unfall nur ganz bestimmte gefährliche Betriebe. So erleidet eine Hausangestellte,

[1] Vgl. hierzu oben S. 178f., 184f. [2] Amtl. Nachr. d. RVA. 1912 S. 720ff.
[3] RVO. § 165 II.

die von der Leiter fällt, sicher einen Unfall, aber sie hat nur Ansprüche gegen ihre Krankenkasse, nicht die weitergehenden der Unfallversicherung gegen eine Berufsgenossenschaft, da die Hauswirtschaften nicht zu einer Berufsgenossenschaft zusammengeschlossen sind. Die unfreiwillige Versicherung aber ist entweder Versicherungszwang oder bloße Versicherungspflicht. Versicherungszwang beherrscht die Kranken-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung. Erkrankt ein versicherungspflichtiger Arbeiter, so stehen ihm die gesetzlichen und satzungsmäßigen Ansprüche gegen die Krankenkasse selbst dann zu, wenn er nicht angemeldet wurde und der Arbeitgeber noch keinen Beitrag für ihn gezahlt hat. Auch die Berufsgenossenschaft haftet bei Betriebsunfällen unbedingt. Dagegen kennt die Invalidenversicherung (RVO. §§ 1442ff.) und die Angestelltenversicherung (AVG. §§ 187ff.) unwirksame Beiträge kraft Versäumnis, d. h. Beiträge, die deshalb unwirksam sind, weil sie mehr als zwei, bei unverschuldeter Säumnis mehr als vier Jahre nach der Fälligkeit entrichtet werden. Da Voraussetzung für die Auszahlung der Invalidenrente und des Ruhegeldes die Zurücklegung einer gewissen, von der Beitragszahlung abhängigen Wartezeit ist (RVO. §§ 1278ff., AVG. § 53), liegt also hier nur die Pflicht zur Versicherung, keine unmittelbar kraft Gesetzes wirkende Versicherung vor.

Neben der unfreiwilligen kennt das Gesetz noch die freiwillige Versicherung, die es in gewissen Fällen entweder als Selbstversicherung, z. B. der Kleinunternehmer zur Invalidenversicherung (RVO. § 1243), oder als Weiterversicherung (z. B. §§ 313, 1244) zuläßt.

3. Für die **Finanzierung** der Versicherung bedient sich das Gesetz der Form des Beitrags. Die Beiträge zur Krankenversicherung sind satzungsmäßig, die zur Invaliden- und Angestelltenversicherung durch Gesetz, die zur Arbeitslosenversicherung zur Zeit durch Verordnung auf bestimmte, von der Höhe des Arbeitsverdienstes abhängige Beträge festgelegt, die bei der Krankenversicherung in der Regel bis 6%, bei der Invaliden- und Angestelltenversicherung, umgerechnet, mindestens 5% und 4% und bei der Arbeitslosenversicherung zur Zeit 6½% des Arbeitslohnes ausmachen[1] und die der Arbeitgeber ganz zu entrichten hat, von denen er aber bei der Krankenversicherung zwei Drittel, bei der Invaliden-, Angestellten- und Arbeitslosenversicherung die Hälfte durch Abzug vom Arbeitslohn einbehalten kann. Die Beiträge zur Kranken- und Arbeitslosenversicherung führt der Arbeitgeber bar oder durch Überweisung ab, die zur Invaliden- und Angestelltenversicherung durch Beklebung einer auf den Namen des Versicherten ausgestellten Quittungskarte mit Wochenmarken oder, bei der AV., einer Versicherungskarte mit Monatsmarken, die bei der Post erhältlich sind. Nur die Berufsgenossenschaften decken ihren Bedarf in der Regel durch jährliche Umlagen, die teils nach der Höhe der jährlichen Auszahlungen, teils nach dem Kapitalwert der neu hinzugekommenen Auszahlungen bemessen werden (§ 731[I, II]).

Zuschüsse des Reichs kommen nur bei der Familienhilfe der Krankenversicherung, in der Invaliden- und in der Arbeitslosenversicherung vor. Der Reichszuschuß beträgt bei der Familienhilfe für jeden Entbindungsfall 50 RM (RVO. § 205d[I]), bei der Invalidenversicherung für jede Invaliden-, Witwen- und Witwerrente 72 RM und für jede Waisenrente 36 RM (§ 1285), bei der Arbeitslosenversicherung bestimmt der Reichshaushaltsplan den jährlichen Zuschuß, für 1930 betrug er 184 Millionen RM[2]; außerdem trägt von der Krisenunterstützung das Reich vier Fünftel, den Rest die zuständige Gemeinde (ALVG. § 167).

4. Die **Ansprüche der Versicherten** nach Eintritt des Versicherungsfalls sind verschieden nach der Art der Versicherung.

---

[1] RVO. §§ 388, 1245[I], 1392[I], AVG. §§ 171, 172, VO. v. 30. Sept. 30.

[2] G. v. 28. Apr. 30 Art. I § 2, VO. d. RPr. v. 26. Juli 30 IV 1 Art. 3; vgl. aber jetzt VO. d. RPr. v. 5. Juni 31 III 1 Art. 6.

a) Die Versicherungsfälle der Krankenversicherung sind Krankheit, Schwangerschaftsbeschwerden, Entbindung und Tod.

Krankheit ist jeder Zustand der Heilbedürftigkeit. Heilbedürftigkeit aber ist ein gesellschaftlicher, daher wandelbarer Begriff. Liegt Krankheit vor, so hat der Versicherte Anspruch auf Krankenhilfe (§§ 182ff.). Die Krankenhilfe besteht in ärztlicher Behandlung und Versorgung mit Arznei sowie Brillen, Bruchbändern und anderen kleineren Heilmitteln (Krankenpflege) und bei Arbeitsunfähigkeit in Krankengeld frühestens vom vierten Krankheitstage an; sie endigt, wenn die Satzung nicht günstiger für den Versicherten ist, spätestens mit Ablauf der 26. Woche nach Beginn der Krankheit oder des Krankengeldbezuges. Seit der Verordnung des Reichspräsidenten vom 26. Juli 1930 hat der Versicherte für die Krankenhilfe einen Krankenschein gegen eine Gebühr von 50 RPf zu lösen (§ 187b), auch zu den Kosten von Arznei-, Heil- und Stärkungsmitteln hat er einen Beitrag von 50 RPf zu entrichten (§ 182a). Die Verordnung vom 1. Dezember 1930 hat diese viel besprochene, zur Drosselung der Kassenausgaben getroffene Maßnahme etwas gemildert. Krankenhauspflege kann die Kasse unter gewissen Voraussetzungen anordnen, doch kann der Kranke sie nicht fordern (§ 184). Nur landwirtschaftlich Beschäftigte und Hausgehilfen haben Anspruch auf Krankenhauspflege, wenn die Satzung der Kasse es bestimmt (§§ 426, 429, 435), Hausgehilfen unter Umständen auch ohne diese Voraussetzung mit der Maßgabe, daß hier auch der Dienstherr antragsberechtigt ist (§ 437).

Die Wochenhilfe besteht in Hebammenhilfe, Arznei, kleineren Heilmitteln und erforderlichenfalls ärztlicher Behandlung, einem Beitrag von 10 RM zu den Entbindungskosten, einem für zehn Wochen zu zahlenden Wochengeld von mindestens 50 RPf täglich und einem Stillgeld von mindestens 25 RPf täglich für die Dauer von zwölf Wochen, solange die Wöchnerin das Neugeborene stillt. Voraussetzung für die Gewährung von Wochenhilfe ist Zurücklegung einer längeren Wartezeit (§ 195a).

Das beim Tode eines Versicherten, u. U. auch eines versichert Gewesenen, zu zahlende Sterbegeld beträgt das Zwanzigfache des Grundlohns, d. i. des täglichen Lohnes oder Durchschnittslohnes, und kann durch Satzung bis zum Vierzigfachen erhöht werden (§§ 201ff.).

Während Krankengeld, Wochenhilfe und Sterbegeld nur den Versicherten selbst oder seinen Hinterbliebenen zustehen, greift die Familienhilfe auf die Angehörigen des Versicherten über. Sie ist nach einer Wartezeit gesetzlich vorgeschrieben als Wochenhilfe für die Ehefrau und solche Töchter, Stief- und Pflegetöchter des Versicherten, die mit ihm in häuslicher Gemeinschaft leben (§ 205a), neuerdings auch als Krankenpflege für den unterhaltsberechtigten Ehegatten und die unterhaltsberechtigten Kinder (§ 205), und kann durch Satzung auch auf Sterbegeld ausgedehnt werden (§ 205b).

b) Die Versicherungsfälle der Unfallversicherung sind durch Betriebsunfälle herbeigeführte Körperverletzungen, seit einiger Zeit auch gewisse Berufskrankheiten[1], ferner der durch Betriebsunfall oder -krankheit herbeigeführte Tod (§ 555).

Zu vielen Zweifelsfragen gibt der Begriff des Betriebsunfalles Anlaß. Unfall ist ein plötzliches, von außen kommendes, den Körper schädigendes Ereignis. Die zwischen Unfall und Betrieb zu fordernde Beziehung aber muß die eines unmittelbaren ursächlichen Zusammenhanges sein. Der von der Maschine herumgeschleuderte Arbeiter erleidet sicher einen Betriebsunfall, ebenso aber auch der auf dem Felde vom Blitze erschlagene Erntearbeiter, nicht dagegen die Arbeiterin, die beim Ausschmücken eines von den Arbeitern ohne Anordnung des Unternehmers angeschafften Christbaums von der Leiter fällt. Daß gegen die Regel der auf dem

[1] VO. v. 12. Mai 25.

Wege nach und von der Arbeitsstätte eintretende Unfall als Betriebsunfall gilt, beruht auf einer im Jahre 1925 eingefügten ausdrücklichen Vorschrift (§ 545a).

Die Genossenschaft hat bei Verletzungen und Berufserkrankungen Krankenbehandlung, Berufsfürsorge und eine Rente zu gewähren, die für die ersten 26 Wochen auch in der Form des in der Krankenversicherung vorgesehenen Krankengeldes geleistet werden kann (§§ 558, 559d). Bei völliger Erwerbsunfähigkeit erhält der Verletzte zwei Drittel seines Jahresarbeitsverdienstes als Vollrente, bei Teil-Erwerbsunfähigkeit eine entsprechende Teilrente. Schwerverletzte erhalten außerdem Kinderzulagen (§§ 559a, 559b), Verletzte, solange sie infolge des Unfalls fremder Wartung und Pflege bedürfen, Hauspflege oder ein Pflegegeld von 20 bis 75 RM monatlich (§ 558c).

Bei Tötung oder Tod durch Berufskrankheit sind außerdem Sterbegeld und unter ähnlichen Voraussetzungen wie bei der Invalidenversicherung Hinterbliebenenrenten zu zahlen (§ 586). Die Witwe erhält eine Rente von einem Fünftel des Jahresarbeitsverdienstes des Gestorbenen, im Falle nicht nur vorübergehender mindestens halber Erwerbsunfähigkeit das Doppelte, die Waisen erhalten auch je ein Fünftel, doch dürfen die Renten der Hinterbliebenen zusammen vier Fünftel jenes Jahresarbeitsverdienstes nicht übersteigen (§§ 588, 591, 595).

c) Die Versicherungsfälle der Invalidenversicherung sind Invalidität, Alter und Tod.

Das Gesetz gibt im § 1255 eine genaue Bestimmung dessen, was es unter Invalidität verstanden wissen will. Invalidität ist, kurz gesagt, die dauernde und nach Ablauf von 26 Wochen oder nach Wegfall des Krankengeldbezuges auch die vorübergehende Herabminderung der Erwerbsfähigkeit auf weniger als ein Drittel des Gewöhnlichen. Zum Bezuge von Invalidenrente berechtigt ferner die Vollendung des 65. Lebensjahres. Der Tod endlich ist Versicherungsfall für die Hinterbliebenen dann, wenn im Falle der Invalidität Invalidenrente zu zahlen gewesen wäre (§ 1252). Doch genügt nicht das Versichertsein im Augenblicke des Eintritts der Invalidität, des 65. Lebensjahres oder des Todes. Es muß außerdem eine Wartezeit von mindestens zweihundert Beitragswochen, bei weniger als einhundert Pflichtversicherungswochen sogar von fünfhundert Beitragswochen erfüllt (§ 1278) und die Anwartschaft aufrechterhalten sein (§§ 1280ff.).

Die Versicherungsleistungen bestehen in einer Invalidenrente und in Hinterbliebenenrenten. Zu den letzten gehörten die Witwenrente, die die dauernd invalide Witwe nach dem Tode ihres versicherten Mannes erhält (§ 1258[1]), und die den Kindern des Versicherten bis zum vollendeten fünfzehnten, in gewissen Fällen einundzwanzigsten Lebensjahre, bei schweren Gebrechen sogar dauernd zustehenden Waisenrenten (§ 1259). Ausnahmsweise erhält der Witwer einer versicherten Ehefrau Witwerrente (§ 1261). Bei Lebzeiten des Versicherten werden die Kinder durch jährliche Kinderzuschüsse in Höhe von je 120 RM jährlich berücksichtigt (§ 1291).

Die jährliche Invalidenrente setzt sich zusammen aus 72 RM Reichszuschuß, einem Grundbetrage von 168 RM und Steigerungssätzen, die 20 v. H. der seit dem 1. Januar 1924 gültig entrichteten Beiträge ausmachen. Außerdem wird für jede ordnungsmäßig verwendete Beitragsmarke der bis zum 30. September 1921 gültig gewesenen Lohnklassen I bis V ein Steigerungssatz von je 4, 8, 14, 20, 30 Reichspfennigen gewährt (§§ 1285ff.). Die Witwen- und die Witwerrente besteht aus 72 RM Reichszuschuß und sechs Zehnteln, die Waisenrente aus 36 RM Reichszuschuß und fünf Zehnteln des Grundbetrags und des Steigerungsbetrags der Invalidenrente (§ 1292). Die Gesamtbezüge der Hinterbliebenen dürfen achtzig vom Hundert des Jahresarbeitsverdienstes eines gesunden Arbeiters der Berufsgruppe des Verstorbenen nicht übersteigen (§ 1262).

Kein Recht des Versicherten, sondern der Versicherungsanstalt ist das zur Abwendung drohender Invalidität einzuleitende Heilverfahren (§§ 1269ff.).

d) Große Verwandtschaft mit der Invaliden- hat die Angestelltenversicherung. Die der Invalidenrente entsprechende Rente heißt hier Ruhegeld (AVG. §§ 30f., 397) und wird bei Herabminderung der Arbeitsfähigkeit auf weniger als die Hälfte des Gewöhnlichen, der sog. Berufsunfähigkeit, oder nach Vollendung des 65., bei längerer Arbeitslosigkeit schon nach Vollendung des 60. Lebensjahres gewährt. Witwen-, Witwer- und Waisenrenten gibt es auch hier (§§ 32ff.), ebenso die Einrichtung eines Erlöschens der Anwartschaft (§§ 54f.). Die Wartezeit dauert sechzig, und wenn weniger als dreißig Beitragsmonate auf Grund der Versicherungspflicht nachgewiesen sind, neunzig Beitragsmonate. Einen Reichszuschuß gibt es hier nicht, dafür ist der Grundbetrag des jährlichen Ruhegeldes höher als bei der Invalidenrente, nämlich 480 RM. Als Steigerungssatz gewährt das Gesetz 15 v. H. der seit dem 1. Januar 1924 gültig entrichteten Beiträge, außerdem gewisse Steigerungsbeträge für Beiträge aus der Zeit vom 1. Januar 1913 bis zum 31. Juli 1921 (§ 56). Der Kinderzuschuß von 120 RM jährlich wird bis zum vollendeten 18. Lebensjahre des Kindes gezahlt (§ 58).

Besondere Vorschriften gelten für die Wanderversicherten, d. h. Versicherte, die Beiträge zur Angestellten- und Invalidenversicherung entrichtet haben (§ 27, RVO. § 1254a).

e) Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung hat nach ALVG. § 87, in der Regel erst nach Vollendung des 21. Lebensjahres, wer arbeitsfähig, arbeitswillig, aber unfreiwillig arbeitslos ist, die Anwartschaftszeit erfüllt und den Anspruch auf Unterstützung noch nicht erschöpft hat. Die Anwartschaftszeit ist in der Regel erfüllt, wenn der Arbeitslose in den letzten zwölf Monaten vor der Arbeitslosmeldung wenigstens sechsundzwanzig Wochen in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden hat (§ 95[1]). Versicherungspflichtig aber ist mit gewissen Ausnahmen die Beschäftigung, die Pflichtversicherung gegen Krankheit nach sich zieht oder, bei Pflichtversicherten der Angestelltenversicherung, nach sich ziehen würde, wenn nicht die 3600 RM-Verdienstgrenze (oben S. 540) überschritten wäre, ferner die nach dem AVG. versicherungspflichtige Beschäftigung als Angestellter in höherer oder leitender Stellung (§ 69). Erschöpft endlich ist der Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung, wenn die Unterstützung für insgesamt sechsundzwanzig Wochen gewährt ist (§ 99[1]). Doch gelten im Sonderfalle der Krisenunterstützung bei Bedürftigkeit sowohl für die Erfüllung der Anwartschaftszeit als auch für die Erschöpfung des Anspruchs mildere Vorschriften (§ 101). Die Höhe der Unterstützung richtet sich nach der Lohnklasse des Versicherten und der Dauer der versicherungspflichtigen Beschäftigung und beträgt zur Zeit (Juni 1931) als Hauptunterstützung 5,60 RM bis 18,90 RM wöchentlich. Hierzu kommen Familienzuschläge in Höhe von 5 v. H. des Einheitslohnes der Lohnklasse, doch darf die Gesamtunterstützung die Beträge von 6,40 RM bis 37,80 RM wöchentlich in keinem Falle übersteigen (§ 107).

5. Für die **Entscheidungen über die Versicherungsansprüche** sehen die Gesetze ein in drei, bei der Kranken- und der Arbeitslosenversicherung in zwei Rechtszüge gegliedertes Verfahren vor. Während aber die Entscheidung über Ansprüche aus der Krankenversicherung überall in den Händen staatlicher Behörden liegt, vertrauen die Gesetze bei den übrigen Versicherungen die im ersten Rechtszuge zu fällende Entscheidung den Versicherungsträgern an.

Bei Streit über die Leistungen aus der Krankenversicherung entscheidet im ersten Rechtszuge der Spruchausschuß des Versicherungsamtes (§ 1636). Die Berufung hiergegen geht an die Spruchkammer des Oberversicherungsamtes (§ 1675), deren Entscheidung jetzt, im Gegensatze zu früher, endgültig ist (§ 1676).

Ebenso ist das Verfahren im zweiten Rechtszuge bei der Invaliden- und

der Angestelltenversicherung gestaltet, nur daß die Entscheidung des Oberversicherungsamtes der Revision unterliegt, über die ein Spruchsenat des Reichsversicherungsamtes, u. U. des Landesversicherungsamtes entscheidet (§§ 1694, 1708) und mit der auch Aktenwidrigkeit gerügt werden kann[1] (§ 1697[1]). Im ersten Rechtszuge aber beschränkt sich das Versicherungsamt auf eine begutachtende Tätigkeit (§§ 1617ff., AVG. §§ 214ff.), während die Entscheidung dem Vorstande der Landesversicherungsanstalt (§ 1630) und dem Direktorium der Reichsversicherungsanstalt (AVG. § 248) zusteht.

Ähnlich entscheidet bei der Unfallversicherung zunächst der Sektionsvorstand oder der Genossenschaftsvorstand der Berufsgenossenschaft. Die Berufung geht an die Spruchkammer des Oberversicherungsamtes. Das hiergegen zugelassene Rechtsmittel an das Reichsversicherungsamt ist aber nicht die Revision, sondern der auch die Nachprüfung der Tatsachen zulassende Rekurs (§ 1699).

Bei der Arbeitslosenversicherung entscheidet der Vorsitzende des Arbeitsamts (§ 172[I]) und auf Einspruch der beim Arbeitsamte gebildete, unter dessen Vorsitzenden tagende Spruchausschuß (§ 178[I]), beides keine staatlichen, sondern der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung eingegliederte Behörden. Auf die nur beschränkt zulässige Berufung entscheidet eine Spruchkammer (§ 180[I]), die aus dem Vorsitzenden des — staatlichen — Oberversicherungsamts und zwei ebenfalls dem Oberversicherungsamte angehörigen Beisitzern besteht (§ 30). Ein weiteres Rechtsmittel an den beim Reichsversicherungsamt gebildeten Spruchsenat für Arbeitslosenversicherung (§ 31) gibt es nicht, vielmehr ist die Anrufung des Spruchsenats Sache der Spruchkammer, die den Fall an ihn abgeben kann, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung hereinspielt, über die das RVA. noch keine grundsätzliche Entscheidung des Senats veröffentlicht hat, und abgeben muß, wenn die Kammer von einer solchen veröffentlichten Entscheidung abweichen will (§ 182).

So stellt sich die Reichsversicherungsordnung mit Angestellten- und Arbeitslosenversicherungsgesetz, ähnlich wie schon die Vorläufer, als eine geschlossene rechtsstaatliche Ordnung dar, die neben ihrer Bedeutung für den wirtschaftlich Schwachen auch für die Fortbildung des Verwaltungsrechts nicht unerhebliche Verdienste gehabt hat. In neuerer Zeit hat die Reichsabgabenordnung das Grundgesetz der Arbeiterversicherung etwas verdunkelt, vielleicht mit deshalb, weil jene das Gesetz des reichen, dieses das Gesetz des armen Mannes ist. Für den die Entwickelung des Verwaltungsrechts Prüfenden aber ist es ein Gebot geschichtlicher Gerechtigkeit, sich neben der Reichsabgabenordnung auch der Reichsversicherungsordnung als deren älterer Schwester zu erinnern, zumal in der sozialen Versicherung Deutschland Lehrmeister der ganzen Welt geworden ist.

[1] RVO. §§ 1694, 1708, 1697, AVG. §§ 270, 272.

# Sachverzeichnis.

Die Zahlen verweisen auf Seiten, die hochgestellten Zahlen auf Anmerkungen.

# Verwaltungsrecht

von

Dr. WALTER JELLINEK
Professor an der Universität Heidelberg

Dritte, durchgesehene Auflage

## Nachtrag



1950
LEHRMITTEL-VERLAG G.M.B.H. OFFENBURG

## Inhaltsverzeichnis zum Nachtrag



## Abkürzungen

| | |
|---|---|
| DÖVerw. | Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DRZ. | Deutsche Rechts-Zeitschrift |
| DVerw. | Deutsche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DVerwBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| MDR. | Monatsschrift für deutsches Recht |
| NJW. | Neue Juristische Wochenschrift |
| SJZ. | Süddeutsche Juristen-Zeitung |
| Süddeutsche Gesetze | Gesetze über die Verwaltungsgerichtbarkeit<br>Bayern vom 25. September 1946<br>Württemberg-Baden vom 16. Oktober 1946<br>Hessen vom 31. Oktober 1946<br>Bremen vom 5. August 1947 |
| VerwRspr. | Verwaltungs-Rechtsprechung in Deutschland. Her. von WILHELM BAUER, 1949 f. |

## Vorbemerkung

Der im Jahre 1948 veranstaltete, unveränderte Neudruck meines im Jahre 1931 in 3. Auflage erschienenen „Verwaltungsrechts“ ist der Staatlichen Akademie für Verwaltungswissenschaften Speyer zum ersten Jahrestag ihrer Errichtung gewidmet. Hierin kommt zum Ausdruck, daß ohne das freundliche, unermüdliche Drängen des damaligen Präsidenten der Akademie, Herrn Regierungspräsidenten a. D. Professor Dr. HERMANN HAUSSMANN, und ohne seine erfolgreiche Wegebereitung der Neudruck nicht zustandegekommen wäre. Ich selbst hatte wenig Neigung zur Veranstaltung des Neudrucks, und der Verlagsbuchhandlung Julius Springer fehlten damals die technischen Möglichkeiten dazu. Aber in der französischen Zone ging, was der amerikanischen Zone versagt war, und so erschien der Neudruck vor zwei Jahren im Lehrmittelverlag G.m.b.H., Offenburg.

Etwas anderes als ein Neudruck war im Jahre 1948 nicht möglich, da gesetzgeberisch noch alles im Flusse war und die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum neuen Recht gerade erst begonnen hatte, sich zu entfalten. Das nationalsozialistische Jahrzwölft hatte weniges von Dauer gebracht, und neues gesamtdeutsches Recht war noch nicht im Entstehen begriffen. Daher war der Abstand zwischen 1931, dem Erscheinungsjahr der letzten Auflage des Verwaltungsrechts, und 1948 inhaltlich nicht so groß, wie es den Anschein hat, und so durfte der Neudruck gewagt werden. Die Erfahrung hat dann gelehrt, daß das Lehrbuch auch heute für viele Zweifelsfragen brauchbare Lösungen oder zumindest weiterführende Hinweise bringt, veröffentlichte und nicht veröffentlichte Entscheidungen der Gerichte beweisen es.

Inzwischen sind zwei Jahre verstrichen. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat mächtig eingesetzt, die beiden dem Verwaltungsrecht gewidmeten Hauptzeitschriften : „Die öffentliche Verwaltung“ und die „Deutsche Verwaltung“, jetzt „Deutsches Verwaltungsblatt“, bringen die Rechtsprechung in Fülle und Überfülle. Auch sind die Länderregierungen und seit Jahresfrist die Bundesregierung eifrig bemüht, das Gesetzesrecht den neuen Verhältnissen anzupassen. Noch hat die Gesetzgebung nicht einen Ruhepunkt erreicht, der es rätlich erscheinen ließe, eine Neuauflage des Buches zu veranstalten. Aber für einen Nachtrag der wichtigsten Ereignisse seit 1945 ist die Zeit doch schon gekommen.

Der Leser findet daher im folgenden eine Auslese des Geschehens seit 1945. Die Würdigung des Zeitraumes zwischen 1931 und 1945 muß einer späteren Neuauflage vorbehalten bleiben.

Der Nachtrag folgt der Gliederung des Hauptwerkes und ermöglicht so dem Leser, die Brücke zwischen früher und heute zu schlagen. Er wurde Mitte September 1950 abgeschlossen.

## § 1. Verwaltung.

S. 2 : Die vor einem Laden hängende, große, weithin sichtbare Uhr, die meistens falsch geht, war im Sommerhalbjahr 1929 Gegenstand einer verwaltungsrechtlichen Übung, der auch der Professor des Verwaltungsrechts an der Staatlichen Hochschule in Stockholm, NILS HERLITZ, beiwohnte. Den schwedischen Gast belustigte es, wie er mir 1948 in Stockholm erzählte, daß die Studenten mit aller Macht der Polizei ein Recht zum Einschreiten geben wollten, sei es, weil jemand, durch die nachgehende Uhr in Sicherheit gewiegt, aber, später seinen Irrtum merkend, zu einem Dauerlauf nach dem Bahnhof genötigt werden könnte mit all den ungünstigen Folgen einer solchen Hetzerei, sei es, weil der am Luftraum über der Straße bestehende Gemeingebrauch durch Hängenlassen der unzuverlässigen Uhr mißbraucht werde, sei es einfach deshalb, weil eine solche Uhr eine Ordnungs- und somit eine Polizeiwidrigkeit darstelle. In Schweden, so meinte HERLITZ, empfinde man viel liberaler und denke nicht daran, in solchen Fällen die Polizei zu bemühen — ein Beispiel für die Beeinflussung juristischer Entscheidungen durch die herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen (vgl. Hauptwerk, S. 135). Der Fall selbst ereignete sich im Rheinland, wie mir um 1927 der damalige Student, spätere Dr. jur. ERNST HUSEMEYER erzählte, ein treuer Schüler von mir, der leider gefallen ist.

S. 4: Die Lehre von den unüberprüfbaren Regierungsakten (actes de gouvernement) fand eine gesetzgeberische Verwirklichung im thüringischen Gesetz vom 26. November 1945, nach dessen Art. 6 der § 126 a der Landesverwaltungsordnung folgenden Zusatz erhielt: „Die Anfechtung einer Verfügung ist auch nicht zulässig, wenn der Präsident des Landes Thüringen nach Anhörung der Vizepräsidenten die Verfügung ausdrücklich als Regierungsakt bezeichnet hat oder bezeichnet." In der Bundesrepublik Deutschland steht der Theorie von den Regierungsakten Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes im Wege. Wenn trotzdem der Württ.-Bad. VGH., Stuttgarter Senat, unterm 13. Oktober 1949 die gegen die Versagung einer Begnadigung erhobene Anfechtungsklage als unzulässig zurückgewiesen hat, so hängt dies damit zusammen, daß dem rechtskräftig zu einer Strafe Verurteilten keinerlei Recht auf Begnadigung, auch nicht auf richtige Handhabung des Begnadigungsrechtes, zusteht. [1])

S. 6 f.: Dem Andenken MONTESQUIEUs galten mehrere Würdigungen aus Anlaß des 200. Jahres seit Erscheinen seines Hauptwerkes [2]). Seine Forderung einer organisatorischen Trennung der Gewalten hat mehr oder minder deutlich Eingang in die neueren Verfassungen gefunden. Nach Art. 20 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes wird die Staatsgewalt „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der

1) DÖVerw. 3 (1950) S. 377. Vgl. hierzu W. JELLINEK, Gnade und Ermessen, Saarl. Rechts-Ztschr. 2 (1950) S. 17 f.

2) FORSTHOFF, DRZ. 3 (1948) S. 405 ff.; FRITZ WERNER, DVerw. 1 (1948) S. 129 ff. Vgl. auch O. KÜSTER im ArchÖffR. 75 (1949) S. 397 ff.

Rechtsprechung ausgeübt." Noch deutlicher im Sinne MONTESQUIEUs drückt sich Art. 48 Abs. 2 der württ.-bad. Verfassung aus: „Die einzelnen Teile der Staatsgewalt — Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt — dürfen nicht bei einem Organ vereinigt sein." Der Württ.-Bad. Staatsgerichtshof hat es daher in seiner zum sog. Kulturpfennig ergangenen Entscheidung vom 4. April 1949 für unzulässig erklärt, daß einem Ausschuß, der über die Verteilung von Steuermitteln entscheidet, auch Mitglieder des Landtags als solche angehören. [1])

**S. 9:** Die Frage der Zulässigkeit von Einzelgesetzen hat eine Teilregelung im Bonner Grundgesetz gefunden. Im Art. 19 Abs. 1 heißt es: „Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten." Im übrigen ist ganz allgemein ein belastender Einzelakt in Gesetzesform dort unzulässig, wo der Gedanke einer Trennung der Gewalten so klar ausgesprochen ist, wie im Art. 48 Abs. 2 der württ.-bad. Verfassung.

**S. 12:** MONTESQUIEU hat bekanntlich seine Lehre von der Trennung der Gewalten dem englischen Verfassungsleben abgelauscht. In denkbar strenger Form verwirklicht wurde aber seine Lehre in den Vereinigten Staaten von Amerika. Daher ist es nicht verwunderlich, daß es vor allem die amerikanische Besatzungsmacht war, die 1945 und später auf einer sauberen Durchführung der Gewaltentrennung im Polizeirecht bestand. Das polizeiliche Strafverfügungsrecht mußte auf die Gerichte übergeleitet werden [2]), das Polizeiverordnungsrecht auf den Gemeinderat, den Kreistag und den Landtag. [3]) Ähnlich, aber bei den Polizeiverordnungen nicht ganz so durchgreifend, verfuhr die britische Besatzungsmacht. [4])

**S. 16:** Die heutige Wohnungsnot hat das Problem des Verhältnisses von rechtskräftigem Räumungsurteil und Obdachloseneinweisung wieder aufleben lassen. Es ist daran festzuhalten, daß ein Räumungsurteil als eine zwischen zwei Privaten ergangene Entscheidung die Polizeibehörde oder das Amt für Ordnung nicht hindert, den zur Räumung Verurteilten bei Unmöglichkeit einer anderweitigen Unterbringung in seine bisherige Wohnung einzuweisen. [5])

**S. 16 f.:** Die Fälle der Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten durch die Justiz haben scheinbar eine bedeutende Erweiterung durch Art. 19 Abs. 4 Satz 2 des Bonner Grundgesetzes erfahren. „Soweit eine andere Zuständigkeit (für die Anrufung der Gerichte bei Verletzungen des einzelnen durch die öffentliche Gewalt) nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben." Da aber für solche Streitig-

1) DÖVerw. 2 (1949) S. 217 ff.

2) Vgl. z. B. württ.-bad. G. v. 20. Nov. 1945 (Reg.Bl. 1946 S. 1). Vgl. hierzu die kritischen Ausführungen von O. BÜHLER i. d. Festschr. f. Rosenfeld, 1949, S. 203 ff.

3) Württ.-bad. G. v. 7. Febr. 1946 (Reg.Bl. S. 40).

4) Vgl. HANS SCHNEIDER, Öffentliches Recht in Niedersachsen, 1949, S. 238 ff., 203 ff.

5) Vgl. über diese Frage BETTERMANN in der MDR. 4 (1950) S. 265 ff.; HambOVG. 5. Mai 1950, ebenda, S. 444.

keiten fast durchweg der Weg zu den Verwaltungsgerichten offen steht, wird die praktische Bedeutung dieser nur aushilfsweise geltenden, justizstaatlichen Bestimmung vermutlich gering bleiben.

**S. 18:** Das Fehlen eines ausreichenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in der Zeit des Nationalsozialismus und den Jahren 1945 und 1946 hat es mit sich gebracht, daß die ordentlichen Gerichte geneigt waren, fehlerhafte Verwaltungsakte für unwirksam anzusehen, auch wenn sie in Zeiten normalen Rechtsschutzes als bindend hätten anerkannt werden müssen, vorbehaltlich ihrer Aufhebung durch verwaltungsgerichtliches Urteil. Jetzt, da die Verwaltungsgerichte überall in voller Tätigkeit sind, sind auch in bezug auf die Überprüfbarkeit von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte wieder normale Zustände eingetreten. Den ordentlichen Gerichten ist es zwar unbenommen, die Gesetzwidrigkeit eines Verwaltungsaktes festzustellen und daraus Schlüsse z. B. für die Amtshaftung zu ziehen. Soviel kann man auch aus Art. 92 Abs. 3 der württ.-bad. Verfassung herauslesen, wonach „über die Gesetzmäßigkeit von Rechtsverordnungen, behördlichen Verfügungen und Verwaltungsakten ... das Gericht mit Wirkung zwischen den Parteien" entscheidet. Aber über einen solchen Verwaltungsakt sich hinwegsetzen kann das ordentliche Gericht nur bei solchen, ganz schweren Fehlern, die nach den Lehren des Verwaltungsrechts Nichtigkeit des Aktes zur Folge haben.[1])

**S. 19:** Die Frage der Bindung des Disziplinarrichters an ein verurteilendes Strafurteil hat in der Reichsdienststrafordnung vom 26. Januar 1937 § 13 Abs. 3 eine positiv-rechtliche Regelung dahin gefunden, daß „für die Entscheidung im Dienststrafverfahren ... die tatsächlichen Feststellungen des strafgerichtlichen Urteils bindend" sind, „wenn nicht das Dienststrafgericht einstimmig die wiederholte Prüfung der Tatsachen beschließt." Noch freier stellt die württ.-bad. Dienststrafordnung vom 16. Februar 1949 den Dienststrafrichter. Für ihn sind nach Art. 14 Abs. 3 die tatsächlichen Feststellungen des strafgerichtlichen Urteils nicht bindend; „sie können aber der Entscheidung im Dienststrafverfahren ohne erneute Nachprüfung zugrunde gelegt werden." Diese Wandlung der Anschauungen beeinflußt das ganze Verhältnis von Strafrecht und Beamtenrecht.[2])

## § 2. Fortsetzung. Öffentliche und fiskalische, freie und gebundene Verwaltung.

**S. 21. ff.:** Manches, was FORSTHOFF in seinem Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I 1950 S. 263 ff., unter der Bezeichnung „Daseinsvorsorge" bringt, behandle ich in meinem „Verwaltungsrecht" im Abschnitt „Schlichte

---

1) Vgl. vor allem ULE, Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, 10. Beiheft der DRZ., 1949 (dazu BÖTTICHER, DVerwBl. 1950 S. 321 ff.), BACHOF, SJZ. 4 (1949) Sp. 377 ff., ferner — mit zahlreichen Hinweisen — BAUR in der DRZ. 4 (1949) S. 395 ff.— Aus neuerer Zeit Sch'HolstOLG. 25. Nov. 1949, SchlHolstAnz. 1950 S. 59; OLG Oldenburg 12. Mai 1950, Höchstrichterl. Entsch. 3 (1950) S. 147 ff.

2) Vgl. meine Urteilsbesprechung im ArchÖffR. 76 (1950) S. 116 ff.

Hoheitsverwaltung". Dies sei nur deshalb erwähnt, weil F. S. 263 ausführt, ich hätte diesen Gegenstand nahezu völlig vernachlässigt.

**S. 24 ff.:** Für Fiskalprozesse gelten in Bayern, wie auch sonstwo, Besonderheiten. [1])

**S. 30 ff.:** Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden steht stärker als früher im Blickfeld der verwaltungsrechtlichen Betrachtungen, seit die neuen Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetze die Überprüfbarkeit des Ermessens genauer als bisher umgrenzt haben. Die süddeutschen Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetze von 1946 und das von Bremen bestimmen im § 36:

> „Soweit Behörden ermächtigt sind, nach ihrem Ermessen zu befinden, kann die Anfechtungsklage, wenn nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, nur darauf gestützt werden, daß von diesem Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht sei, insbesondere, daß Ermessensmißbrauch vorliege."

Die entsprechende Bestimmung in der Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung vom 15. September 1948, § 23 Abs. 3, lautet:

> „Sind die Verwaltungsbehörden ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, so kann die Anfechtung insoweit nur darauf gestützt werden, daß die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten seien oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden sei."

Von den beiden Fassungen verdient die süddeutsche den Vorzug, weil sie nicht, wie die der britischen Zone, die objektiven Schranken des Ermessens und die bloß in den behördlichen Erwägungen liegenden Ermessensfehler mit einander vermengt.

Wie zu erwarten, haben sich seit 1947 die Verwaltungsgerichte vielfach zur Frage des freien Ermessens geäußert, auch die Erläuterungsbücher zu den beiden Gesetzen und mancher Zeitschriftenaufsatz handeln davon. [2]) Obgleich aber die neuen Gesetze den Verwaltungsrichter in die Versuchung bringen, möglichst viel Ermessenskontrolle zu üben, gibt es doch, auch nach der Rechtsprechung, nach wie vor ein Gebiet unüberprüfbaren Verwaltungsermessens. So ist die Versetzung eines Beamten in ein anderes Amt Ermessenssache [3]), ebenso die Entscheidung darüber, ob ein Schüler zum Überspringen einer Schulklasse zuzulassen ist [4]).

Das gesteigerte rechtsstaatliche Bewußtsein seit dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus bringt es mit sich, daß auch solch unbestimmte Begriffe, wie „öffentliches Interesse" [5]) oder „Bedürfnis" [6]) mehr denn früher als voll überprüfbare Rechtsbegriffe angesehen werden. Doch fehlt es auch heute nicht an Gegenstimmen. [7])

---

1) O. LEONHARD, SJZ. 2 (1947) Sp. 659 ff.

2) Unter den letzten ist hervorzuheben BACHOF, Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, SJZ. 3 (1948) Sp. 742 ff.

3) HessVGH. 30. Juni 1948, DÖVerw. 1 (1948) S. 121.

4) BayVGH. 18. Aug. 1949, DVerwBl. 1950 S. 305 ff.

5) LVG. Hannover 28. Okt. 1949, VerwRspr. 2 (1950) S. 114 ff.

6) WüBaVGH. (Karlsr. Senat) 9. Jan. 1948, Az. 53/47; OVG. Münster 14. Dez. 1949, MDR. 4 (1950) S. 377 f.; OVG. Lüneburg 8. Febr. 1950, DVerw. 1950 S. 214 ff.

7) HessVGH. 8. Juli 1949, DVerw. 2 (1949) S. 658 f.; HambOVG. 11. Juli 1949, MDR. 3 (1949) S. 638 ff.

**S. 40:** Auch dem Unbehagen, das uns bei dem Gedanken befällt, es solle von der persönlichen Auffassung des Strafrichters abhängen, ob ein Angeklagter bei unbestimmtem Strafmaß streng oder milde bestraft werden soll, suchen Rechtsprechung und Rechtslehre abzuhelfen. Zu einer völligen „Revisibilität“ der Strafzumessung ist es aber noch nicht gekommen und wird es auch kaum jemals kommen. [1])

## § 3. Verwaltungsrecht.

**S. 46:** Die Notwendigkeit, zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht[2]) zu unterscheiden, ergibt sich jetzt auch aus dem Bonner Grundgesetz, nach dessen Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 das Bundesverfassungsgericht in „öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder inerhalb eines Landes“ entscheidet, „soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist.“ „Streitigkeiten des öffentlichen Rechts“ weisen die neueren Gesetze über Verwaltungsgerichtsbarkeit den Verwaltungsgerichten zu: § 22 Abs. 1 der süddeutschen Gesetze von 1946 und § 22 Abs. 1 der britischen Verordnung Nr. 165 von 1948.

Die Unterscheidung hat aber heute nicht mehr die gleiche Bedeutung wie früher, da heute auch öffentlich-rechtliche Fragen von vollwertigen Gerichten entschieden zu werden pflegen. Früher war die endgültige Entscheidung manchmal Behörden der aktiven Verwaltung anvertraut, im Hitlerreich war dies sogar die Regel. Heute hat es aber keinen großen Sinn, lange darüber zu streiten, ob z. B. die Ansprüche aus Verwahrung eines Gegenstandes durch die Polizei dem öffentlichen oder dem Privatrecht angehören, auch nicht, ob man sie, obwohl sie öffentlich-rechtlich sind, aus Gründen der Überlieferung den bürgerlichen Gerichten zuweisen soll; [3]) denn ob das Landgericht oder ob das Landesverwaltungsgericht entscheidet, ist bei der Gleichwertigkeit dieser beiden Gerichte ziemlich unwichtig.

**S. 55 ff.:** Aus diesem Grunde hat auch die Frage des Kompetenzkonfliktes an Bedeutung verloren.[4]) Die britische Verordnung Nr. 165 hat sich beim positiven Kompetenzkonflikt zwischen bürgerlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten nach hamburgischem Vorbild für den Grundsatz der Priorität entschieden (§ 28 Abs. 1). „Die Verwaltungsgerichte entscheiden bindend über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges. Hat jedoch ein ordentliches Gericht vorher die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges rechtskräftig bejaht, so ist diese Entscheidung bindend.“ Das gleiche hätte die Verordnung auch für den negativen Kompetenzkonflikt bestimmen können, daß näm-

---

1) Über das Problem vgl. v. WEBER, MDR. 3 (1949) S. 389 ff., mit weiteren Hinweisen.

2) Vgl. MOLITOR, Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949; HANS J. WOLFF, ArchÖffR. 76 (1950) S. 205 ff., 249 f.

3) Vgl. OLG. Celle 18. Jan. 1950, mit Anm. von BÖTTICHER, DVerwBl. 1950 S. 337 ff.

4) Vgl. W. JELLINEK, Neue Probleme des Kompetenzkonfliktes (Wilhelm Kiesselbach zum 80. Geburtstag, 1947, S. 125 ff.).

lich die Klagabweisung durch ein Gericht der einen Gruppe mit der Begründung, die Gerichte der anderen Gruppe seien zuständig, diese letzten binden. Statt dessen sieht die Verordnung im § 28 Abs. 2 vor, daß die Gerichte der beiden Gruppen ihre Gerichtsbarkeit verneinen, und bestimmt für solche Fälle den Deutschen Obersten Gerichtshof (für die britische Zone in Köln) zum Kompetenzgerichtshof. Nach Art der früheren Kompetenzgerichtshöfe ist einer für Württemberg-Hohenzollern neu geschaffen worden.[1]) Er ist bei der Entscheidung eines negativen Kompetenzkonfliktes in Tätigkeit getreten.[2]) Es handelte sich um die Frage, ob über die Pflicht eines Arztes zur Ablieferung von Honoraren für Benutzung von Einrichtungen des Kreiskrankenhauses das ordentliche oder das Verwaltungsgericht zu entscheiden habe — auch dies ein für die Zuständigkeitsfrage ziemlich belangloser Streitfall.

## § 4. Überblick über die Verwaltungsorganisation.

Auf dem Gebiete des Verwaltungsaufbaues ist alles im Fluß. Es muß genügen, auf einige wichtige Punkte hinzuweisen.[3])

**S. 61 :** Die in der Zeit des Nationalsozialismus unter der Bezeichnung „Führerprinzip“ ins Maßlose gesteigerte Einköpfigkeit in der Verwaltung hat wieder einer gesunden Mischung von einköpfiger und kollegialer Verwaltung Platz gemacht. Die Einköpfigkeit war keineswegs eine Erfindung des Nationalsozialismus, wohl aber die unbedingte Anwendung dieser Organisationsform auch dort, wo die Mehrköpfigkeit alteingebürgert war, wie bei den Fakultäten und Senaten der Hochschulen, den Prüfungsausschüssen, den Gemeindekollegien.

**S. 63 f. :** Im Gegensatze zur Weimarer Verfassung, nach deren Art. 14 ein einfaches Reichsgesetz neue Reichsbehörden für die Ausführung von Reichsgesetzen schaffen konnte, ist die Organisationsgewalt der Bundesrepublik Deutschland eng begrenzt. „Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt“ (Art. 83). Die bundeseigene Finanzverwaltung durch Oberfinanzdirektionen und Hauptzollämter ist aber geblieben (BGes. v. 6. September 1950).

**S. 64 :** Regierungspräsidenten gibt es noch in den größeren Ländern, aber auch in Hessen und Rheinland-Pfalz. Im Raume von Württemberg und Baden ist man seit längerer Zeit ohne diese Mittelbehörde ausgekommen. Die Besonderheit des Zusammenschlusses von Nordwürttemberg und Nordbaden hat es aber mit sich gebracht, daß nur die nordwürttembergischen Oberbürgermeister und Landräte den Ministern unmittelbar unterstehen, während in Nordbaden die den Ober-

1) Rechtsanordnung vom 20. Aug. 1946 (Amtsbl. S. 236).

2) 24. Juni 1949, DÖVerw. 3 (1950) S. 22 f.

3) Aus dem Schrifttum sind hervorzuheben WERNER WEBER, Der gegenwärtige Verwaltungsaufbau Deutschlands, 1948; FRIEDRICH KLEIN, Neues Deutsches Verfassungsrecht, 1949. — Zuverlässige Staatshandbücher fehlen noch fast völlig.

bürgermeistern und Landräten vorgeordnete Behörde der Präsident des Landesbezirks Baden mit den drei Landesdirektionen der Inneren Verwaltung, des Kultus und Unterrichts und der Finanzen ist. Der Präsident des Landesbezirks Baden ist also, bei Lichte besehen, nordbadischer Minister des Innern, des Kultus und Unterrichts und der Finanzen in einer Person. Er ist für die Führung der Verwaltungsgeschäfte dem Ministerpräsidenten verantwortlich, also keinem Fachminister unterstellt.

**S. 64. ff.:** Die wichtigste organisatorische Änderung seit 1945 betrifft die Stellung des Landrats, der jetzt fast durchweg nicht mehr vom Staate ernannt, sondern vom Kreistag gewählt wird. [1]) Während der Landrat früher in erster Linie Staatsbeamter war, ist er als Wahlbeamter jetzt, ähnlich dem Oberbürgermeister, nur Kommunalbeamter, unbeschadet seiner Verpflichtung, staatliche Aufgaben als Auftragsangelegenheiten wahrzunehmen.

**S. 70 ff.:** Der bunten Mannigfaltigkeit des Gemeinderechts hatte die an die Stelle von über 40 Gemeindeordnungen getretene, streng nach dem Führerprinzip ausgerichtete Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 ein Ende bereitet. [2]) Nach Beseitigung allzu nationalsozialistisch gefärbter Bestimmungen gilt sie in einzelnen Ländern auch heute noch. [3]) In der britischen Zone bestimmte die Besatzungsmacht in Anlehnung an das englische Recht gewisse Änderungen. [4]) Die Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 24. Januar 1950 steht aber wieder ganz auf eigenen Füßen; sie kennt nicht mehr den „Hauptverwaltungsbeamten", „Gemeindedirektor", „Stadtdirektor" britischer Herkunft. [5]) Dieser Beamte hatte eine gewisse Ähnlichkeit mit dem „Gemeindeamtmann" württ.-hohenzollernschen Rechts. [6]) „Stadtpräsident" schleswig-holsteinischen Rechts dagegen ist die Amtsbezeichnung für den Stadtverordnetenvorsteher in den kreisfreien Städten.

Das Wahlrecht in den Kreisen und den Gemeinden muß nach Art. 28 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim sein. Im Gegensatze zur Weimarer Reichsverfassung, Art. 17 Abs. 2, ist das Verhältniswahlrecht nicht mehr vorgeschrieben. Vermöge der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel werden Wahlrechtsstreitigkeiten häufiger als bisher vor die Verwaltungsgerichte kommen [7])

---

1) So neuestens auch nach den Kreisordnungen für Rheinland-Pfalz v. 27. Sept. 1948 § 20 und für Schleswig-Holstein v. 27. Febr. 1950 § 45. — Anders Kreisordnung für Württemberg-Hohenzollern v. 22. Dez. 1948 § 5.

2) Vgl. die systematische Übersicht bei GÖNNENWEIN, Das deutsche Gemeindeverfassungsrecht, ArchÖffR. 74 (1948) S. 191 ff. Vgl. ferner TREIBERT, Die Neuordnung der Staats- und Kommunal-Verwaltung, 1947; W. WEBER, Wandlungen der Kommunalverwaltung, DÖVerw. 1 (1948) S. 19 ff.; Erich BECKER, Kommunale Rechtserneuerung, „Die Gemeinde" 1 (1949) S. 21 ff., 41 ff.

3) Vgl. z. B. für Nordwürttemberg „Die Deutsche Gemeindeordnung in der Fassung des Anwendungsgesetzes Nr. 30 vom 20. Dezember 1945" (RegBl. 1946 S. 55). Hierzu RIENHARDT, Bürgermeister und Gemeinderat in Nord-Württemberg, 1949.

4) ELLERINGMANN, Die Deutsche Gemeindeordnung britischer Fassung, 1948; W. SCHULZE, Die Rechtsstellung der Gemeindeorgane in der britischen Zone, ArchÖffR. 76 (1950) S. 25 ff.

5) Vgl. LAURITZEN, Die Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein, 1950, S. 119; derselbe, Die Struktur der neuen Kommunalverfassung in Schleswig-Holstein, DVerwBl. 1950 S. 292 ff.

6) Gemeindeordnung für Württemberg-Hohenzollern v. 14. März 1947 § 51; vgl. hierzu die erläuterte Textausgabe von W. BRAUN und TH. HOLL, 1950, S. 125.

7) Vgl. RIETDORF, Wahlprüfung und verwaltungsgerichtliche Generalklausel, DVerw. 2 (1949) S. 665 ff.

## § 5. Geschichte des Verwaltungsrechts.

**S. 88 ff.:** Der Aufstieg unserer staatlichen Einrichtungen zum Rechtsstaatlichen wurde 1933—1945 jäh unterbrochen durch den Einbruch des Nationalsozialismus. Zwar suchte man an althergebrachten rechtsstaalichen Formen festzuhalten, ersetzte den Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" durch den der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung", erweiterte sogar das Preußische Oberverwaltungsgericht zu dem mit sehr geringen Befugnissen ausgestatteten Reichsverwaltungsgericht, aber die Seele des Rechtsstaates war tot. Ein Staat, dessen wichtigste Grundrechte nicht nur vorübergehend außer Kraft gesetzt waren, der ohne jede gerichtliche Nachprüfung Einsperrungen in einem Konzentrationslager zuließ, bei dem es einen geheimen „Führerbefehl" gab, kraft dessen wirklich oder angeblich Geisteskranke getötet werden konnten, war das Gegenteil eines Rechtsstaates. An diesem Punkte der absoluten Rechtlosigkeit setzte denn auch, gleich nach der Besetzung Deutschlands, schon im Jahre 1945, unter Förderung von seiten der amerikanischen Besatzungsmacht, die Aufbautätigkeit eines in Heidelberg tagenden Ausschusses ein, dessen Entwurf eines Gesetzes über Verwaltungsgerichtsbarkeit mit geringen Änderungen im Sommer 1946 vom süddeutschen Länderrat gutgeheißen und in den Monaten September und Oktober in den Ländern Bayern, Württemberg-Baden und Hessen als Landesgesetz verabschiedet wurde. Später schloß sich noch Bremen diesem Block an. [1]) Erst zwei Jahre darauf, mit Wirkung vom 15. September 1948, erhielt die britische Zone ein zoneneinheitliches Gesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit, das in vielen Punkten mit dem älteren, süddeutschen Gesetz übereinstimmt, in Gestalt der britischen Verordnung Nr. 165. [2]) In den Ländern der französischen Zone gilt noch nicht einheitliches Recht [3]), Württemberg-Hohenzollern ist bei seinem alten Gesetz mit einstufiger Verwaltungsrechtspflege geblieben. Auch in der Sowjetzone wurden Gesetze über Verwaltungsgerichtsbarkeit erlassen oder wieder in Kraft gesetzt, doch können sich die Gerichte nicht gegenüber der übermächtigen Verwaltung durchsetzen. Von der Einführung der „Regierungsakte" in der thüringischen Verwaltungsrechtsordnung war schon oben, unter § 1, die Rede. Am 10. September 1947 erklärte z. B. ferner das ThürOVG. die Anfechtungsklage gegen Maßnahmen der Bodenreform für unzulässig [4]), eine dem Recht der westlichen Länder nicht entsprechende Entscheidung. Auch die heroischen Anstrengungen des thüringischen OVGPräsidenten HELLMUTH LOENING konnten den Rechtsstaat westdeutscher Prägung

---

1) Vgl. meinen Aufsatz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ. 3 (1948) S. 269 ff., ferner die Kommentare von VAN HUSEN 1947, EYERMANN-FRÖHLER-HOFMANN 1950, HUFNAGL (die britische Zone mitbehandelnd) 1950. Vgl. auch die Textausgabe für das Recht der amerikanischen und britischen Zone von PLAIL, 1949.

2) Vgl. meinen Aufsatz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DRZ. 3 (1948) S. 470 ff.; Bruno LEHMANN, DVerw. 1 (1948) S. 101 ff., 133 ff.; SIEVEKING, MDR. 2 (1948) S. 315 ff.; GIESGES, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1948. Vgl. ferner die Kommentare von VAN DE SANDT, 1949, v. WERDER-LABS-ORTMANN, 1949, KLINGER, 1950.

3) Badische Landesverordnung v. 30. März 1947, ABl. S. 89; rhein.-pfälz. Landesgesetz v. 14. April 1950, GVBl. I S. 103, dazu DE CLERCK, DVerwBl. 1950 S. 295 ff.; württ.-hohenzoll. Rechtsordnung v. 19. August 1946, ABl. S. 224.

4) Jahrb. 18 S. 165 ff.

nicht retten.[1] In Berlin endlich ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit sektorweise verschieden geordnet.[2]

Der neue Rechtsstaat von nach 1945 ist ganz anders als früher in den Verfassungen festgelegt. „Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt.“ So Art. 2 Abs. 2 der hessischen Verfassung, die sich damit klar zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bekennt. „Gegen die Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden kann der Betroffene wegen Verletzung eines ihm zustehenden Rechts oder wegen Belastung mit einer ihm nicht obliegenden Pflicht die Entscheidung der Verwaltungsgerichte anrufen.“ So Art. 90 Abs. 1 der württ.-bad. Verfassung, die damit die verwaltungsgerichtliche Generalklausel zum Verfassungsgrundsatz erhoben hat. Gekrönt wird aber dieser Schutz des einzelnen durch Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes. „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.“ Die Bestimmung nimmt dem Landesgesetzgeber oder Landesverfassungsgesetzgeber jeden Anreiz, die verwaltungsgerichtliche Generalklausel einzuschränken; denn täte dies der Gesetzgeber, so würde automatisch die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben sein.

Dem Rechtsstaat als solchem sind namentlich schweizerische Abhandlungen gewidmet.[3] Wohl erstmalig hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 27. November 1948[4] aus dem Worte „Rechtsstaat“ praktische Folgerungen gezogen. Nach Art. 3 der bayerischen Verfassung ist Bayern „ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat.“ Daraus schließt der VerfGerHof., daß gewisse Bestimmungen des Reichsleistungsgesetzes nicht mehr in Geltung sind.

**S. 97 f.:** An Kodifikationen des Verwaltungsrechts denkt man zur Zeit nicht, dazu ist das Recht in zu stürmischer Entwicklung begriffen. Die Reichsversicherungsordnung und die Reichsabgabenordnung gelten aber noch oder wieder. Der Schöpfer der Reichsabgabenordnung, ENNO BECKER, ist nicht mehr am Leben[5], der Schöpfer der thüringischen Landesverwaltungsordnung, KURT WAGNER, vom Wirken in seinem Beruf ausgeschaltet.

---

1) Vgl. ArchÖffR. 74 (1948) S. 45 ff., 75 (1949) S. 56 ff.

2) HANS SCHNEIDER, ArchÖffR. 74 (1948) S. 239 ff.; SCHOLZ, DVerw. 2 (1949) S. 604 ff.; FOITZICK, ebenda S. 607 ff.

3) SCHINDLER, Über den Rechtsstaat, Festg. f. Max Huber 1934; KÄGI, Probleme des Rechtsstaates, Universitas 2 (1947) S. 909 ff.; Erwin RUCK, Freiheit und Rechtsstaat (Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, 1948, S. 75 ff.). Vgl. auch FR. KLEIN, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZStaatsW. 106 (1950) S. 390 ff.

4) GVBl. 1949 S. 39 ff.

5) Gedenkworte auf ihn von OTTMAR BÜHLER, in Steuer und Wirtschaft 25 (1948) Sp. 1 ff.

## § 6. Die Verwaltungsrechtswissenschaft. — Schrifttum.

**S. 99:** Die schlechte Behandlung der Verwaltungslehre von seiten der Klassiker des öffentlichen Rechts: LABAND und OTTO MAYER beginnt sich zu rächen. Anhänger der Verwaltungslehre lassen sich zum Teil recht ärgerlich über die Verwaltungsrechtswissenschaft aus. [1]) So richtig es ist, daß man mit dem Verwaltungsrecht allein nicht verwalten kann, daß z. B. der Verwaltungsjurist ohne technische Kenntnisse gar nicht in der Lage ist, den Wiederaufbau zerstörter Städte in die Wege zu leiten [2]), so gewiß ist der bloße Verwaltungswissenschaftler nicht imstande, einen verwaltungsgerichtlichen Streit zu entscheiden. Kann das Amt für Ordnung Damenringkämpfe, kann es die gewerbsmäßige Ausübung der Astrologie verbieten? Kann es die Erteilung eines Fischereischeines mit der Begründung versagen, der Antragsteller, der bisher jahraus, jahrein den Schein bekommen hatte, sei vor zwanzig Jahren gerichtlich bestraft worden? Darf einem geprüften Rechtskandidaten die Zulassung zum Vorbereitungsdienst mit der Begründung versagt werden, daß er kein „Landeskind“ sei? Die Verwaltungslehre in Ehren, aber die Antwort auf die gestellten Fragen ist Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft, die gar nicht hochmütig ist, sondern nur einen friedlichen Platz neben der Verwaltungslehre beansprucht.

**S. 101 ff.:** Die verschiedenen Systeme des Verwaltungsrechts sind von DENNEWITZ untersucht worden. [3]) Von größeren systematischen Darstellungen des Verwaltungsrechts sind in letzter Zeit das auch nach der Seite der Verwaltungslehre ausgerichtete Buch von HANS PETERS [4]), das von ROBERT NEBINGER [5]) und das von ERNST FORSTHOFF [6]) erschienen. Daneben gibt es eine Anzahl knapper Grundrisse. [7])

**S. 111 f.:** Über das österreichische Verwaltungsrecht unterrichtet ADAMOVICH [8]), über die Entwicklungstendenzen im modernen englischen Verwaltungsrecht ARIS [9]), über Frankreich COLLIARD [10]). In Schweden gibt NILS HERLITZ mit anderen seit 1938 eine Zeitschrift für Verwaltungsrecht heraus. [11]) Für Nordamerika sei auf das häufig aufgelegte Buch von LEONARD D. WHITE [12]), für Brasilien auf den Grundriß von RUY CIRNE LIMA verwiesen. [13])

---

1) Besonders NASS, Verwaltungsreform durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft, 1950. Vgl. auch FELLNER, Gebt uns eine Verwaltungslehre! DÖVerw. 3 (1950) S. 142; HERRFAHRDT, Neue Verwaltungswissenschaft, DRZ. 3 (1948) S. 87 f.; HEUSER, Verwaltungstechnik, DÖVerw. 3 (1950) S. 390 ff.

2) Vgl BLAUM und JORDAN, Wiederaufbau zerstörter Städte 1946.

3) Die Systeme des Verwaltungsrechts, 1948; vgl. hierzu die Besprechung von H. KUTSCHER im ArchÖffR. 76 (1950) S. 129 ff.

4) Lehrbuch der Verwaltung, 1949.

5) Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1949; dazu meine Besprechung in DÖVerw. 3 (1950) S. 288.

6) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 1950.

7) JERUSALEM (1947), GIESE (1948), HELFRITZ (1949).

8) Grundriß des österr. Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1948.

9) DVerw. 2 (1949) S. 337 ff. Vgl. auch HANS SCHNEIDER in der Festschrift für Julius von Gierke, 1950, S. 234 ff.

10) DVerwBl. 1950 S. 417 ff.

11) Förvaltningsrättslig Tidskrift.

12) Introduction to the Study of Public Administration, rev. ed. 1947, besprochen von WERNER, DVerw. 2 (1949) S. 631.

13) Principios de direito administrativo Brasileiro, PÔRTO ALLEGRE, 1939.

## § 7. Die Quellen des Verwaltungsrechts.

**S. 120 f.:** Das Beharrungsvermögen des Rechts zeigt sich in der heutigen Beurteilung nicht veröffentlichter Führerbefehle. So wie man den nicht veröffentlichten Erlassen des absoluten Monarchen nach dem Übergang zum Verfassungsstaat die Bedeutung von Gesetzen absprach, so kann sich heute niemand auf unveröffentlichte Führerbefehle, etwa über die Eheschließung Verstorbener oder die Tötung Geisteskranker, berufen. [1])

**S. 121:** Gewarnt durch die mißbräuchliche Anwendung der Diktaturbestimmung, Art. 48, der Weimarer Reichsverfassung, sind die neueren Verfassungen mit der Ermächtigung zur Erlassung von Verordnungen mit Gesetzeskraft zurückhaltender geworden. Das Bonner Grundgesetz, Art. 119, sieht solche nur noch für die Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen vor. Die Notgesetze nach Art. 81 sind nach Auffassung des Verfassungsgesetzgebers mehr als bloße Verordnungen.

**S. 125:** Tatsachen mit ursprünglicher Rechtssatzwirkung erkennt das Oberlandesgericht Kiel ausdrücklich an. [2])

**S. 127:** Vom tiefgreifenden Wandel im Polizeiverordnungsrecht war schon unter § 1 die Rede. Eine Gesamtdarstellung des geltenden Rechts wird uns vermutlich die in München im Oktober 1950 stattfindende Staatsrechtslehrertagung mit den Berichten von HANS J. WOLFF und GÖNNENWEIN bringen. Für die britische Zone kann schon jetzt auf einige Abhandlungen verwiesen werden. [3])

**S. 135:** Daß übermäßiges Hundegebell eine Gefahr für die menschliche Gesundheit, nicht nur für nervöse Personen bedeutet, erkennt das Bezirksverwaltungsgericht Berlin-Zehlendorf an. [4])

**S. 139:** Noch leiden wir am Mangel handlicher Textausgaben. Für Bayern erscheint, von ZIEGLER herausgegeben, eine Loseblattausgabe der Verwaltungsgesetze des Freistaats Bayern. Für Niedersachsen sei verwiesen auf HANS SCHNEIDER, Öffentliches Recht in Niedersachsen, 1949, für Hamburg auf O. TOEPFFER, Die wichtigsten hamburgischen Gesetze und Verordnungen, 1948, für das gesamte ehemals preußische Gebiet auf WERNER WEBER, Verwaltungsgesetze, 1948.

**S. 142 ff.:** Die Frage der Rückwirkung von Gesetzen hat durch die neuen Gesetze über Verwaltungsgerichtsbarkeit eine unerwartete Bedeutung erlangt. Können unter der Herrschaft des Hitlerstaates formell rechtskräftig gewordene Verwaltungsakte nach den neuen Gesetzen vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden? Im allgemeinen ist

---

1) OLG. Braunschweig 15. Apr. 1947, KG. 23. Mai 1947, OLG. Frankfurt 12. Aug. 1947, SJZ. 2 (1947) Sp. 663 ff., 665 ff., 621 ff.

2) 26. März 1947, MDR. 1 (1947) S. 72.

3) KLEINRAHM, DVerw. 1 (1948) S. 107 ff.; PIOCH, DVerw. 2 (1949) S. 124 ff.

4) 12. Mai 1950, DRZ. 5 (1950) S. 333.

die Frage zu verneinen, aber die Gerichte lassen die Anfechtung nichtiger Akte zu, und im Interesse des Rechtsschutzes gehen sie mit der Anerkennung der Nichtigkeit eines Aktes bisweilen weiter, als es den Lehren des Verwaltungsrechts entspricht (vgl. oben, unter § 1). Das Ganze ist nur eine Übergangserscheinung.

**S. 146 ff.:** Ebenso ist die Frage der räumlichen Geltung der Verwaltungsrechtssätze von ungeahnter Wichtigkeit geworden, da alsbald nach 1945 die Anerkennung der konfiskatorischen Maßnahmen in der Sowjetzone Gegenstand gerichtlicher und gelehrter Überlegungen wurde. [1]) Die Meinung geht durchgängig dahin, daß die Maßnahmen der Sowjetzone in Westdeutschland nicht zu beachten sind.

**S. 152 f.:** Die Frage der „Analogie" und der „Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken im Verwaltungsrecht ist Gegenstand einer neueren Untersuchung. [2]) Auch ohne bürgerlich-rechtliche Analogie kommt man immer mehr dazu, die Herrschaft von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht anzuerkennen. [3])

**S. 155:** Dem Wesen der Natur der Sache ist eine der letzten Abhandlungen von GUSTAV RADBRUCH gewidmet. [4])

## § 8. Die Subjekte des Verwaltungsrechts.

**S. 158 ff.:** An die Stelle des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 ist das Personenstandsgesetz vom 3. November 1937 getreten. Der Standesbeamte führt ein Familienbuch, ein Geburtenbuch und ein Sterbebuch. Die Hauptneuerung liegt im Familienbuch, das der Beurkundung der Heiraten dient, aber außerdem den verwandtschaftlichen Zusammenhang der Familienangehörigen ersichtlich macht.

**S. 161:** Die Feuerbestattung regelt jetzt ein Reichsgesetz vom 15. Mai 1934. Im Gegensatze zu früher bestimmen heute, beim Fehlen einer Anordnung des Verstorbenen, dessen Angehörige die Bestattungsart.

**S. 161 f.:** Das sächsische Gesetz vom 5. Oktober 1912 über die Ablieferung der Leichen zu wissenschaftlichen Zwecken hat, wie es scheint, bis heute keinen Nachfolger gefunden. Nach wie vor behilft man sich mit ministeriellen Dienstanweisungen. [5])

---

1) Z. B. ObGHBritZ. 31. März 1949, DVerw. 2 (1949) S. 360 f.; OLG. Nürnberg 19. Sept. 1949, SJZ. 5 (1950) Sp. 277 ff. — BEITZKE Probleme der Enteignung im International-Privatrecht, Festschr. f. Raape, 1948 S. 93 ff.; KURT v. LAUN Zur Anwendung des Rechtes der Ostzone, DVerw. 2 (1949) S. 548 f.

2) SCHACK, in der Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, 1948, S. 275 ff. Über den Begriff der Rechtslücke neuerdings ENGISCH in der Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 85 ff.

3) W. JELLINEK, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, RVBl. 52 (1931) S. 805 ff.; SCHULE, VerwArch 38 (1933) S. 399 ff.; 39 (1934) S. 1 ff.; SCHOLZ, Treu und Glauben in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVerw. 2 (1949) S. 505 ff.; VG. Kassel 30. März 1950, DVerwBl. 1950 S. 506 f.

4) Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, 1948, S. 157 ff.

5) Hess. Min. d. I. 12. Mai 1947, Hess. Staatsanzeiger Nr. 21 S. 223.

**S. 164 f.:** Daß der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz auch den Gesetzgeber bindet, ist durch Art. 3 des Bonner Grundgesetzes in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 für ganz Westdeutschland klargelegt. „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich." „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht." Damit ist eine berühmte Streitfrage der Weimarer Verfassung positiv-rechtlich entschieden. [1])

**S. 165 f.:** Durch Art. 3 Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes — „Männer und Frauen sind gleichberechtigt" — ist die Rechtsstellung der Frau in den Mittelpunkt weiblicher Erörterungen gerückt. [2]) Der Deutsche Juristentag hat sich auf seiner Frankfurter Tagung im September 1950 mit der Frage eingehend befaßt. Die rechtlichen Schwierigkeiten des Problems kommen in einer Aufsatzreihe zum Ausdruck, die 1950 im 76. Bande des Archivs des öffentlichen Rechts erschienen ist. [3]) Im Mittelpunkt der Erörterungen steht die sog. Zölibatsklausel im Beamtenrecht, d. h. die Bestimmung, daß ein weiblicher Beamter entlassen werden kann, wenn er einen versorgungsberechtigten Beamten heiratet.

Über die Führung der Bezeichnung „Frau" durch unverheiratete weibliche Personen enthält ein schleswig-holsteinscher Ministerialerlaß nähere Bestimmungen. [4])

**S. 174 f.:** Von den Besatzungsmächten ist es vor allem die amerikanische, die der Ausstattung juristischer Personen mit obrigkeitlichen Befugnissen wenig wohlwollend gegenübersteht. Sie befürchtet namentlich einen Einbruch in die von ihr mit großer Hartnäckigkeit verlangte Gewerbefreiheit, wenn etwa die Handwerkskammern nach wie vor über das Schicksal des jungen Handwerkers bindend entscheiden könnten. [5]) Doch ist man anderswo schon wieder im Begriffe, neue Körperschaften des öffentlichen Rechts ins Leben zu rufen. [6]) Mit Rücksicht auf die Haltung der amerikanischen Besatzungsmacht ist wichtig die S. 175 f. des Hauptwerkes niedergelegte Erkenntnis, daß die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse zwar ein hinreichendes, aber kein notwendiges Merkmal der Körperschaft des öffentlichen Rechtes ist. Auch wenn z. B. den Industrie- und Handelskammern jede Zwangsgewalt genommen ist, sind sie doch Körperschaften des öffentlichen Rechts geblieben und nicht reine Privatvereine geworden, wenn sie etwa noch einer positiven, nicht nur negativen, Staatsaufsicht unterworfen sind. [7])

---

1) Vgl. auch BayVerfGH. 15. Okt. 1948, GVBl. 1949 S. 33 ff.

2) HEDWIG MAIER-REIMER, Die Gleichberechtigung der Frau, DRZ. 5 (1950) S. 289 ff.; HILDEGARD KRÜGER, Zur Entlassung von verheirateten Beamten, und: Die Frau im öffentlichen Recht, DÖVerw. 3 (1950) S. 175 f., 261 ff.; dieselbe, Zur Frage der Rechtsgültigkeit des Gesetzes zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen, SchlHolstAnz. 1950 S. 207 ff.

3) Die Aufsätze stammen von WALTER JELLINEK, ERNST von CAEMMERER und WILHELM GREWE.

4) Min. d. I. 5. Aug. 1949, SchlHolstABl. S. 309 f.

5) Vgl. etwa BayVGH. 1. Juli 1947, VerwRechtspr. 1 (1949) S. 115 ff.

6) Z. B. G. ü. d. Landesbauernkammer Schleswig-Holstein v. 30. Mai 1950; bremisches Wirtschaftskammergesetz v. 23. Juni 1950.

7) Vgl. auch Landgericht Wiesbaden, 31. März 1950, DRZ. 5 (1950) S. 329 f.

## § 9. Die Rechtsverhältnisse in der Verwaltung. Öffentliche Pflichten und Rechte.

**S. 192:** Die süddeutschen Gesetze über Verwaltungsgerichtsbarkeit haben den Status eines Menschen einem subjektiven Rechte ausdrücklich gleichgestellt (§ 23). „Die Zugehörigkeit zu einem öffentlichen Verbande und die persönliche Rechtsstellung stehen einem Rechte gleich."

**S. 200:** Die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten hat nach wie vor ihre große Bedeutung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Auch wo es nicht ausdrücklich gesagt ist, wie, im Anschluß an früheres württembergisches Recht, im § 23 der süddeutschen Gesetze [1], ist es klar, daß auch das Recht auf Unterlassung eines gesetzwidrigen Eingriffs ein echtes subjektives Recht ist. Sonst würde Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, der unabdingbar den Rechtsweg eröffnet, wenn „jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt" wird, viel von seiner gewollten, umfassenden Tragweite verlieren.

In einer badischen Bestimmung [2] kündigt sich vielleicht eine Wandlung in unseren Anschauungen über die Verletzung eines subjektiven Rechts als Voraussetzung für die Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage an. Hiernach kann schon der die Verwaltungsgerichte anrufen, „zu dessen Nachteil" ein obrigkeitlicher Akt unter Verletzung eines Gesetzes erlassen worden ist. Noch mehr auf das rein objektive Recht abgestellt würde die Klage vor den Verwaltungsgerichten sein, wenn sie einem von der Regierung unabhängigen „Landesanwalt" anvertraut würde, der, unbeschadet der Rechte des Verletzten, von Amtswegen einen gesetzwidrigen Verwaltungsakt, etwa die gesetzwidrige Ernennung eines Beamten, vor den Verwaltungsgerichten anfechten könnte. Eine solche Einrichtung für das Verfahren vor dem Staatsgerichtshof gibt es in Hessen. [3]

Bis wir aber so weit sind, wie in Baden, wird der Streit über Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein eines subjektiven Rechts weitergehen. Die leidige Frage nach dem Vorhandensein eines subjektiven Rechtes des Nachbarn oder sonstigen Nebenbeteiligten im öffentlichen Baurecht — vgl. Hauptwerk S. 202 f. — hat das hamburgische OVG. öfters beschäftigt. [4] Ob der Hilfsbedürftige ein klagbares Recht auf Unterstützung hat, wird, zum Teil mit Rücksicht auf die einschlägigen Verfassungsbestimmungen, länderweise verschieden beantwortet. [5] Daß der Wohnungsuchende kein subjektives Recht auf Zuweisung einer Wohnung durch das Wohnungsamt hat, ist unbestritten. [6] Dagegen

---

1) Es „kann nur klagen, wer ein ihm zustehendes Recht geltend macht oder eine ihm angesonnene Verbindlichkeit bestreitet".

2) Landesverordnung v. 30. März 1947 § 2 Abs. 1.

3) G. ü. d. Staatsgerichtshof v. 12. Dez. 1947 § 17 Abs. 2 Ziff. 6, § 18 Abs. 1.

4) HambOVG. 25. März 1948, MDR. 3 (1949) S. 59 ff.; 19. Okt. 1949, MDR. 4 (1950) S. 246 ff.; 9. Jan. 1950, DVerwBl. 1950 S. 280 ff.

5) Bejahend OVG. Münster 13. April 1950, MDR. 4 (1950) S. 571 ff.; BayVGH. 8. März 1949, DVerw. 2 (1949) S. 440 ff., mit Anm. v. NAUMANN. — Verneinend HessVGH. 16. März 1949, DVerw. 2 (1949) S. 439 f.; VG. Stuttgart 18. Febr. 1949, DÖVerw. 3 (1950) S. 443 f. — Vgl. auch den Verein für öff. u. priv. Fürsorge e. V. in DÖVerw. 2 (1949) S. 91 f. u. HANS J. WOLFF in der Festschrift zur Feier des 25jährigen Bestehens der Westf. Verwaltungsakademie, 1950 S. 119 ff.

6) HessVGH. 2. Apr. 1948, VerwRspr. 1 (1949) S. 60.

hat der zum Bürgermeister Gewählte, welcher der staatlichen Bestätigung bedarf, die Möglichkeit, gegen die Versagung der Bestätigung mit verwaltungsgerichtlicher Klage vorzugehen [1]), da das der Aufsichtsbehörde eingeräumte freie Ermessen nach früher, unter § 2, Ausgeführtem auf Ermessensfehler nachgeprüft werden kann und insofern der Betroffene ein *subjektives Recht auf rechtlich einwandfreie Ermessensausübung* hat (vgl. Hauptwerk S. 211).

## § 10. Die rechtserheblichen Tatsachen.

**S. 227 ff.:** Die Reichsmarkwährung wich im Juni 1948 der Deutsche-Mark-Währung. Die zahlreichen hiermit zusammenhängenden Fragen und Streitfragen haben sich zu einem Sonderzweig namentlich der Privatrechtswissenschaft ausgeweitet.

Kraft Anordnung der Besatzungsmächte vom September 1949 ist der *Kurs der Deutschen Mark* mit dem des amerikanischen Dollar verkoppelt worden: 1 DM = 23,8 cents. Dies bedeutet, daß der amerikanische Dollar wieder 4,2 DM gleichzusetzen ist, allerdings mit dem wichtigen Unterschied gegenüber früher, daß es nicht mehr der Golddollar, sondern der auf 6 Zehntel seines Goldwertes abgewertete heutige Dollar ist. Trotzdem besteht nach wie vor ein Zusammenhang unserer Währung mit dem Golde, und zwar gilt heute die Gleichung: 1 DM = 0,6 Goldmark.

**S. 231:** Die Unersetzbarkeit der *Zweiheit durch die Einheit* kam in einem Stuttgarter Fall zum Reichsleistungsgesetz zur Sprache. Es muß verlangt werden, daß sich das an sich schon übermäßig drückende Reichsleistungsgesetz durch Zusammenballung der in ihm auf mehrere Behörden verteilten Zuständigkeiten in einer einzigen Behörde nicht noch diktatorischer auswirkt, als es schon so der Fall ist. [2])

**S. 238 f.:** Über den heutigen Stand der Lehre von der *ungerechtfertigten Bereicherung* im Verwaltungsrecht unterrichtet der Aufsatz eines hervorragenden Praktikers. [3])

## § 11. Fortsetzung. Die Verwaltungsakte, ihre Gültigkeit und Ungültigkeit.

Viel geändert in der Lehre von den Verwaltungsakten hat sich seit 1931 nicht. Es sind manche Entscheidungen hierüber ergangen, die sich aber im wesentlichen an das frühere Recht anschließen.

---

1) HessVGH. 26. Jan. 1949, DVerw. 2 (1949) S. 248 f. — Abw. LVG. Hannover 14. Okt. 1949, DVerw. 3 (1950) S. 91 ff., mit ausführlicher, kritischer Anmerkung von BAEDORF.

2) Vgl. meine Anmerkung zum Urteil des WüBaVGH. (Stuttg. Senat) v. 25. März 1947 in der SJZ. 2 (1947) Sp. 565 ff. Im gleichen Sinne VGH. Freiburg 1. Juni 1949, DVerw. 3 (1950) S. 180 ff., mit Anmerkung von BENKENDORFF.

3) OSKAR RUPP, DÖVerw. 2 (1949) S. 150 f.

S. 246: Doch ist eines neu: der Ausdruck: Verwaltungsakt gehört nicht mehr nur der gelehrten Sprache an, sondern findet sich jetzt auch in Gesetzen [1]), sogar mit Begriffserläuterung. So bestimmt § 25 Abs. 1 der britischen Verordnung Nr. 165 von 1948: „Verwaltungsakt im Sinne dieser Verordnung ist jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird."

S. 248: Die braunschweigische Rechtsprechung über die Nichtigkeit gesetzwidriger Verwaltungsakte beruht nach Ansicht des OLG. Braunschweig auf Gewohnheitsrecht, das auch heute noch gilt. [2])

S. 249 ff.: Auf die Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt beruft sich ein Urteil des Württ.-Bad. VGH (Karlsruher Senat), wo der Beschwerdeentscheid eines Ministers u. a. deshalb für nichtig angesehen wurde, weil er nach Ablauf der Beschwerdefrist, mithin auf eine nichtige Beschwerde hin, ergangen war. [3])

S. 254: Die Untätigkeit der Behörde behandeln jetzt die neueren Gesetze über Verwaltungsgerichtsbarkeit. So bestimmt § 35 Abs. 2 des süddeutschen Gesetzes, daß die Anfechtungsklage „auch gegen die Unterlassung einer beantragten Amtshandlung zulässig" sei, „auf deren Vornahme der Antragsteller ein Recht zu haben behauptet." „Als Unterlassung gilt es, wenn die Behörde den Antrag auf Vornahme der Amtshandlung ohne zureichenden Grund nicht beschieden hat. Die Unterlassung ist dann einer Ablehnung gleich zu achten."

S. 261: Auflage und Bedingung sind insbesondere bei der bauerngerichtlichen Genehmigung auseinanderzuhalten. [4])

S. 263: Die Aufhebbarkeit nichtiger Verwaltungsakte ist heute kein Problem mehr. Die britische Verordnung Nr. 165 bestimmt im § 23 Abs. 1 ausdrücklich, daß die Anfechtungsklage auch bei Nichtigkeit des Verwaltungsaktes zulässig sein soll. [5]) Diese Auffassung ist umso wichtiger, als man auf solche Weise auch formell rechtskräftigen Verwaltungsakten der dunklen Zeit vor Einführung der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit beikommen kann. [6])

S. 264: Die Frage der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen zur Stützung eines erlassenen Verwaltungsaktes behandelt jetzt eine aufschlußreiche Heidelberger Dissertation. [7])

---

1) Wohl zum Kummer WILHELM MERKs, der eine, kaum von jemand andern geteilte, unüberwindliche Abneigung gegen dieses „von OTTO MAYER eingeführte häßliche Mischmaschwort" hat: ArchÖffR. 74 (1948) S. 376.

2) 27. Jan. 1948, MDR. 3 (1949) S. 56 f.

3) 4. März 1949, DVerw. 2 (1949) S. 404 ff., mit kritischer Anmerkung von HANS SCHNEIDER; ferner VGH. Freiburg 14. Dez. 1949, DVerwBl. 1950 S. 436 ff. Vgl. auch die kritischen Bemerkungen zur Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt von ULE, DVerw. 2 (1949) S. 502 f.

4) RIEDEL in SJZ. 5 (1950) Sp. 91 ff. Über verwaltungsrechtliche Auflagen allgemein vgl. FACHINGER, DVerw. 2 (1949) S. 118 ff., 145 f.

5) Vgl. auch HessVGH. 7. Jan. 1948, DVerw. 1 (1948) S. 96.

6) Vgl. HUFNAGL, DVerw. 2 (1949) S. 399 f.

7) FRIEDRICH VEIL, Neues Vorbringen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1950. — Aus der Rechtsprechung vgl. z. B. VGH. Freiburg 15. Okt. 1948, DÖVerw. 2 (1949) S. 177 ff.; HessVGH. 15. Dez. 1948, VerwRspr. 1 (1949) S. 426 ff.

S. 265: Die Konversion einer nach hessischem Beamtengesetz unwirksamen Kündigung in einen Widerruf nach dem Deutschen Polizeibeamtengesetz hat neuerdings der Hessische VGH. zugelassen. [1])

S. 268: Der Grundsatz, daß ein fehlerhafter Verwaltungsakt im Zweifel anfechtbar oder widerruflich, nicht aber unwirksam ist, kam in der Zeit ungenügenden Rechtsschutzes etwas ins Wanken. [2]) Heute kann er angesichts des durchgängigen, gegen fehlerhafte Verwaltungsakte bestehenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes wieder als gefestigt gelten. [3])

S. 269: Die Nicht-Datierung macht einen Verwaltungsakt nicht unwirksam. [4]) Dagegen ist ein sich widersprechender Verwaltungsakt nichtig. [5])

S. 270: Die Zurücknahme der Erfassung von Wohnraum ist auch in mündlicher Form zulässig, [6]) ebenso ist gültig die mündliche Bestätigung eines Wahlbeamten. [7]) Auch kann die obrigkeitliche Genehmigung von Pachtverträgen durch schlüssige Handlungen geschehen. [8])

S. 271: Amtshandlungen eines noch nicht ordnungsmäßig bestellten Notars sind nichtig. [9])

S. 275: Den seltenen Fall der Unwirksamkeit eines Verwaltungsaktes wegen Verstoßes gegen die guten Sitten behandelt ein Urteil des Württ.-Bad.VGH. (Stuttgarter Senat). [10])

S. 281: Entgegen der Auffassung des Hauptwerkes hat der Oberste Gerichtshof der britischen Zone den Widerruf des Widerrufs der Übernahme eines Mannes in das Beamtenverhältnis für zulässig erklärt. [11]) Es hängt dies mit den strengen Formvorschriften für die Neubegründung eines Beamtenverhältnisses zusammen. Diese Formvorschriften — Ausstellung einer Urkunde, in der die Worte vorkommen müssen „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" — sind in der bewegten Zeit nach 1945 vielfach nicht beachtet worden, und so hilft man sich mit der Wiederherstellung des ursprünglichen Beamtenverhältnisses durch Widerruf eines früheren Widerrufs jenes Beamtenverhältnisses. Allgemeine Schule darf diese Auffassung nicht machen.

S. 283: Die Widerruflichkeit eines Verwaltungsaktes wegen Gesetzwidrigkeit seiner Vornahme ist nach wie vor anerkannt

---

1) 18. Nov. 1949, DVerw.Bl. 1950 S. 348 f.

2) Vgl. die oben unter § 1 erwähnte, namentlich gegen BETTERMANN gerichtete Schrift von ULE. Gegen die maßlose Annahme von Nichtigkeit vor allem auch NAUMANN, DVerw. 2 (1949) S. 189 ff. Vgl. anderseits BETTERMANN, MDR. 3 (1949) S. 394 ff.; HEYEN, SchlHolstAnz. 1949 S. 357 ff.

3) OVG. Münster 28. Febr. 1950, DVerwBl. 1950 S. 315 f.; HessVGH. 14. Juli 1948, DÖVerw. 2 (1949) S. 59 f.; LVG. Hannover 28. Jan. 1949, MDR. 3 (1949) S. 441 f.; OLG. Celle 11. April 1949, ebenda S. 442 ff.

4) HambOVG. 9. Nov. 1949, DVerw. 3 (1950) S. 90 f.

5) BayVGH. 21. Apr. 1949, VerwRspr. 1 (1949) S. 400 ff.

6) WüBaVGH. (Stuttg. Senat) 12. Aug. 1948, Jur. Rundschau 1949 S. 260.

7) ULE, DVerw. 1 (1948) S. 143.

8) LVG. Rheinl.-Pfalz 27. Okt. 1948, Die Neue Verw. 1949 S. 73 f.

9) OLG. Hamm 3. Juni 1947, MDR. 1 (1947) S. 158 f.

10) 12. Aug. 1948, DÖVerw. 2 (1949) S. 77 f.

11) 3. März 1950, DVerwBl. 1950 S. 374 ff.

Rechtens. Nur kann es bisweilen zweifelhaft sein, ob ein gesetzwidrig erlassener Verwaltungsakt vorliegt. [1])

S. 285: Gegen die Anwendung der clausula rebus sic stantibus beim Widerruf begünstigender Verwaltungsakte wendet sich mit Recht der Hessische VGH. [2])

S. 288: Einem Fischereibeflissenen war der Fischereischein jahraus, jahrein erteilt worden. Als er für 1947, wie üblich, Erteilung des Scheines beantragte, wies die Behörde den Antrag zurück, weil der Antragsteller in den Jahren 1920—22 und 1927 gerichtlich bestraft worden sei. Diese Strafen waren aber der Behörde auch in den Vorjahren bekannt. Der Württ.-Bad. VGH. (Karlsruher Senat) nahm daher an, daß die Behörde auf ihr Recht, den Fischereischein wegen Vorstrafen zu versagen, bindend verzichtet habe. [3])

## § 12. Schutz gegen Übergriffe der Verwaltung.

S. 290: Das Verbot der Stellvertretung im Amte kommt in einer neueren Entscheidung des Hessischen VGH. zum Ausdruck. [4]) Ein Wahlausschuß kann eine ihm obliegende Entscheidung nicht dem Bürgermeister übertragen.

S. 292: Die Selbsthilfe des einzelnen gegenüber der Staatsgewalt wird immer seltener werden, je mehr sich der vorbeugende gerichtliche Rechtsschutz verbessert. Ein Fall, wie der berühmte des Obersten GÄDKE, würde heute nicht vorkommen, da G. heute das Uniformverbot verwaltungsgerichtlich anfechten könnte.

S. 293: Widerstand gegen die Staatsgewalt begegnet man heute öfter bei Zwangsräumungsmaßnahmen des Wohnungsamtes. Hier, wie überall, ist der Widerstand strafbar, wenn das Wohnungsamt pflichtmäßig gehandelt hat, selbst wenn die Maßnahme der Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht nicht standhält. [5])

S. 294 ff.: Förmliche Beschwerde und Einspruch haben als die der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage vorgeschalteten Rechtsbehelfe [6]) erhöhte Bedeutung erlangt. Noch sind aber Verwaltungsverfahren und Verwaltungsstreitverfahren nicht genau aufeinander abgestimmt. So ist es durchaus möglich, daß der zur Einlegung des Einspruchs Berechtigte daneben noch eine förmliche Beschwerde nach Verwaltungsverfahrensrecht einlegen kann, ein Zustand, der dringend einer gesetzlichen Änderung bedarf.

---

1) Vgl. den Naturschutzfall des VG. Freiburg 14. Dez. 1949, mit Anm. von XAVER SCHOEN, DÖVerw. 3 (1950) S. 187 ff.

2) 2. Apr. 1948, DVerw. 1 (1948) S. 46 f. Vgl. auch BENKENDORFF, DVerw. 2 (1949) S. 395 ff.

3) 26. 9. (nicht: 29. 6.) 1947, DÖVerw. 1 (1948) S. 123 f.

4) 10. Dez. 1948, VerwRspr. 1 (1949) S. 328 f.

5) Vgl. OLG Hamm 7. März 1949, mit Anm. von DERNEDDE, DVerw. 2 (1948) S. 214 ff.

6) Vgl. z. B. südd. G. ü. Verwaltungsgerichtsbarkeit §§ 38, 48.

Wer sich eines Rechtsbehelfes bedient, soll dies ohne Gefahr tun können. Daher muß man die gesetzlichen Bestimmungen genau daraufhin prüfen, ob die Beschwerdebehörde den angefochtenen Bescheid auch zu Ungunsten des Beschwerdeführers ändern darf. [1])

## § 13. Fortsetzung. Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte.

**S. 297 ff.:** Der mächtige Aufschwung, den die Verwaltungsgerichtsbarkeit seit 1946 genommen hat, ist auch dem Schrifttum zugute gekommen. Außer den Erläuterungsbüchern (vgl. unter § 5) bringen die Fachzeitschriften laufend Aufsätze über diese oder jene Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Am Eingang der Entwicklung steht ein Aufsatz von ERNST WALZ über die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit [2]), die Auswirkung des neuen süddeutschen Gesetzes in seinen ersten vier Jahren schildert XAVER SCHOEN [3]), besonders fruchtbar in der Deutung verwaltungsgerichtlicher Fragen ist OTTO BACHOF. [4]) Alle drei Genannten gehören jetzt dem Württ.-Bad. VGH. an, der in diesem kurzen Nachtrag wohl deshalb etwas bevorzugt behandelt werden darf, weil die Wiege der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Heidelberg gestanden hat. Unter den übrigen Richtern und Gelehrten seien als besonders erfolgreich in der Deutung des neuen Rechts hervorgehoben der leider verstorbene Münchener Senatspräsident WILHELM BAUER, der frühere Präsident des Thüringischen OVG., jetzt LVG-Präsident HELLMUTH LOENING, der Lüneburger Senatspräsident ULE und die Professoren FRIESENHAHN in Bonn und FRIEDRICH KLEIN in Münster, die beiden letzten hervorragend verdient um die Prüfung des Einflusses des Bonner Grundgesetzes auf den Rechtsschutz im öffentlichen Recht. [5])

Es ist nachgerade Zeit, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit bundeseinheitlich geregelt wird. Für das im Art. 96 des Bonner Grundgesetzes vorgesehene Bundesverwaltungsgericht versteht sich dies von selbst. Die Frage dagegen, ob der Bund überhaupt zuständig ist, ein auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Länder regelndes Bundesgesetz zu erlassen, ist bestritten. Obgleich sich nach Art. 74 Ziff 1 des Bonner Grundgesetzes die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes auch auf „das gerichtliche Verfahren" erstreckt, will dies WINGHOFER [6]) mit eingehender, beachtenswerter Begründung nur auf das Verfahren der bürgerlichen Gerichte beziehen, nicht aber auf das der Verwaltungsgerichte. Art. 84 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes lehrt indessen das Gegenteil. Wenn ein mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassendes Bundesgesetz sogar die Behördenordnung und das Verfahren der Landesbehörden der aktiven Verwaltung bei Ausführung von Bundesgesetzen regeln, also in die eifer-

---

1) Vgl. HUFNAGL, Die reformatio in pejus im Verwaltungsverfahren, DVerw. 1950 S. 204 f.

2) Der Betriebsberater 1 Nr. 16 (1946) S. 1 ff.

3) Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiegel von Rechtsprechung und Schrifttum 1946—1949, DÖVerw. 3 (1950) S. 65 ff., 106 ff., 138 ff.

4) Vgl. z. B. Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz", SJZ. 4 (1949) Sp. 378 ff.; 5 (1950) Sp. 161 ff., 488 ff.

5) FRIESENHAHN, DVerw. 2 (1949) S. 478 ff.; FRIEDRICH KLEIN in einem im Druck befindlichen Vortrag auf der Heidelberger Tagung der Staatsrechtslehrer, Herbst 1949.

6) DÖVerw. 3 (1950) S. 70 ff.

süchtig gewahrte Vollzugshoheit der Länder eingreifen kann, um wieviel mehr muß dies beim verwaltungsgerichtlichen Verfahren möglich sein, dessen Regelung zumindest nach dem Wortlaut des Art. 74 Ziff. 1 ohne weiteres dem Bunde zusteht. Die überwiegende Meinung geht denn auch dahin, daß die für die Verwaltungsgerichtsbarkeit dringend gebotene Rechtseinheit durch Bundesgesetz herzustellen ist. [1])

Eine andere verfassungsrechtliche Frage ist die, ob auch Verwaltungsakte des Vereinigten Wirtschaftsgebietes und jetzt des Bundes vor dem Verwaltungsgericht eines Landes angefochten werden können. [2]) Die Frage ist zu bejahen, auch hätte ihre Verneinung nur zur Folge, daß vor Errichtung des Bundesverwaltungsgerichts der vom Verwaltungsakt Betroffene nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 des Bonner Grundgesetzes das ordentliche Gericht des Landes anrufen könnte.

**S. 300 ff.:** Die neuen Gesetze über Verwaltungsgerichtsbarkeit haben die Entscheidungsmöglichkeiten reicher gestaltet, als dies bisher der Fall war. Aus dem süddeutschen Gesetz ist als Neuerung zunächst der Satz hervorzuheben : „Hat der (sonst der Aufhebung anheimgefallene) Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder auf andere Weise seine Erledigung gefunden, so spricht das Gericht im Urteil aus, daß der Verwaltungsakt unzulässig war“ (§ 79 Abs. 1). Eine Pflicht zu dieser Unzulässigkeitserklärung gab es früher für das Gericht nicht. „Hält das Gericht die gegen die Versagung einer Amtshandlung gerichtete Anfechtungsklage für begründet und die Sache in jeder Beziehung für spruchreif, so hebt es die Versagung auf und spricht zugleich die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen“ (§ 79 Abs. 3). Ein derartiges Verpflichtungsurteil war dem bisherigen Recht unbekannt. Auch die abstrakte Normenkontrolle ist eine, in der britischen Zone nicht übernommene, Neuerung des süddeutschen Gesetzes. „Im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entscheidet der Verwaltungsgerichtshof auf Antrag durch Beschluß über die Gültigkeit einer Verordnung oder einer sonstigen, im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschrift. Den Antrag kann eine Behörde sowie jedermann stellen, der durch Anwendung der Rechtsvorschrift in absehbarer Zeit eine Benachteiligung zu gewärtigen hat“ (§ 25 Abs. 1). Vernünftig ausgelegt, gewährt das Gesetz diesen Rechtsbehelf auch dem durch die Vorschrift bereits Beschwerten [3]); ausgeschlossen werden sollte nur der an der Rechtsvorschrift ganz Unbeteiligte, nur „quivis ex populo“.

**S. 306 f.:** Auch wo der Ausdruck „Partei“ vermieden wird, wie, aus Rücksicht auf die Empfindlichkeit der Ministerialbürokratie im Anfechtungsverfahren des süddeutschen Gesetzes, stehen vor dem Gericht zwei Parteien, ein Kläger und ein Beklagter, ein Anfechtungskläger und ein Anfechtungsgegner. Der außerdem vorgesehene Vertreter

---

1) ULE, DVerw. 3 (1950) S. 1 ff., 41 ff. ; H. LOENING, SJZ. 5 (1950) Sp. 255 ff. ; BACHOF, DRZ. 5 (1950) S. 341 ff. Vgl. auch den Frankfurter Juristentag vom September 1950.

2) Vgl. HANS J. WOLFF, MDR. 3 (1949) S. 266 ff.

3) WüBaVGH. (Stuttg. Senat) 26 Jan. 1950, DÖVerw. 3 (1950) S. 282 ff.

des öffentlichen Interesses hat u. a. auch die wichtige Aufgabe, den anhängigen Streit außergerichtlich zur Erledigung zu bringen, insbesondere dadurch, daß er in geeigneten Fällen der Verwaltung empfiehlt nachzugeben. [1])

**S. 311**: Die Wichtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Beiladung [2]) zeigt sich vor allem in Wohnstreitigkeiten, wenn die Wohnraumerfassung nicht nur den Wohnungsinhaber, sondern auch den in die Wohnung Eingewiesenen nahe berührt. Während die Beiladung in der Regel dem Ermessen des Gerichts anheimgegeben ist, gibt es doch auch Fälle der notwendigen Beiladung, so die des Mieters im Streit zwischen Hauswirt und Preisbehörde über die Höhe des Mietzinses. [3])

**S. 313 ff.**: Der Hauptfortschritt in der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die durchgängige Geltung der Generalklausel, für Anfechtungssachen aufs höchste gesteigert durch Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, wonach jedes gesetzgeberische Abweichen von der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel automatisch die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet. Dies darf allerdings nicht dahin führen, daß, wer die ihm offengestandene Klagemöglichkeit vor den Verwaltungsgerichten versäumt hat, das ordentliche Gericht anrufen kann. [4])

Die allgemeinen Verwaltungsgerichte sind allerdings nicht zuständig, wenn anderweitig für genügenden Rechtsschutz gesorgt ist. [5]) Dies ist der Fall bei Zuständigkeit der ordentlichen und der Arbeitsgerichte. [6]) Aber auch Sonderverwaltungsgerichte schließen die Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte aus, falls es wirkliche Gerichte sind. [7]) Dazu gehört deren Freiheit von behördlichen Weisungen, persönliche Unabhängigkeit der Richter, beim obersten Gericht überdies volle juristische Ausbildung des Vorsitzenden. Fehlt es an diesen Erfordernissen, dann ist das sog. Verwaltungsgericht eine Verwaltungsbehörde, deren Entscheidungen vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten angefochten werden können.

**S. 315**: Einseitige Verwaltungsrechtspflege gibt es noch in Württemberg-Hohenzollern, wo der Verwaltungsgerichtshof im Rechtsbeschwerdeverfahren das alte württembergische Gesetz vom 16. Dezember 1876 anwendet. Dagegen unterscheidet das neue süddeutsche Gesetz von 1946 Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten. Man kommt aber auch ohne diese aus Rücksicht auf gewisse Empfindlichkeiten gemachte Unterscheidung aus, wie die britische Verordnung Nr. 165 beweist.

---

1) Vgl. KOHLMEIER, den hochverdienten ersten Vertreter des öff. Interesses beim Karlsruher Senat des WüBaVGH, in DÖVerw. 2 (1949) S. 105 ff.

2) Vgl. WILHELM BAUER, DÖVerw. 2 (1949) S. 189 ff., 226 ff.; BACHOF, ebenda, S. 364 ff.

3) HessVGH. 9. Dez. 1949, DVerw. 2 (1949) S. 73 ff., mit Anm. v. FREYTAG.

4) SchlHolstOLG. 28. Juni 1949, DVerw. 3 (1950) S. 123 ff.

5) Z. B. Südd. G. § 22 Abs. 1.

6) Vgl. W. JELLINEK, Behördlicher Kündigungsschutz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Richard Thoma, 1950, S. 93 ff.

7) Vgl. die Prüfung dieser Frage für die Spruch- und Beschlußkammern der Oberversicherungsämter durch das VG. Stuttgart, 10. Sept. 1948, DVerw. 3 (1950) S. 88 ff. Vgl. ferner XAVER SCHOEN, Besondere Verwaltungsgerichte? DÖVerw. 2 (1949) S. 446 ff.

Ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege zwischen Staat und einzelnem in dem Sinne, daß der Staat, anstatt mit Verwaltungsakt vorzugehen, verwaltungsgerichtliche Klage gegen den einzelnen erheben muß, kommt nur noch dort vor, wo altes Recht gilt. Den neuen Gesetzen ist dieser dem Staate aufgenötigte Zwang unbekannt. Aber im amerikanischen Sektor von Berlin hatte noch vor kurzem das Bezirksverwaltungsgericht über eine Klage zu entscheiden, die auf Zurücknahme einer Schankerlaubnis gerichtet war. [1])

**S. 315 f.:** Die Anfechtungsklage richtet sich in der amerikanischen und britischen Zone durchweg nach den Gesetzen von 1946 oder der Verordnung Nr. 165 von 1948. Abweichend von der Darstellung des Hauptwerkes, S. 315 f., gilt sie nicht nur für die Anfechtung polizeilicher Verfügungen, sondern grundsätzlich für die Anfechtung aller Verwaltungsakte und ist, als sog. Untätigkeitsklage, auch eine Waffe gegen behördliche Untätigkeit. [2])

**S. 316 ff.:** Volle Verwaltungsrechtspflege, d. h. Verwaltungsgerichtsbarkeit mit voller Prüfung auch der Ermessensfrage, ist nach wie vor äußerst selten. Dagegen entscheiden die Verwaltungsgerichte sowohl der ersten als auch der zweiten Rechtsstufe die Rechts- und Tatfrage in vollem Umfange. Nur das Bundesverwaltungsgericht wird vermutlich als das den Länderverwaltungsgerichten übergeordnete Gericht auf die Nachprüfung der Rechtsfrage beschränkt werden, also Revisionsgericht sein.

**S. 319:** Wegen der Vollziehung verwaltungsgerichtlicher Urteile sei auf die demnächst erscheinende Habilitationsschrift von OTTO BACHOF verwiesen. [3]) Das Gegenstück hierzu, die Aussetzung der Vollziehung eines belastenden Verwaltungsaktes durch Anordnung des Verwaltungsgerichts, ist in den neuen Gesetzen besonders geregelt [4]), allerdings nicht zweifelsfrei. [5])

## § 14. Fortsetzung. Amtshaftung und öffentlich-rechtliche Entschädigung für schuldlos rechtswidrige Eingriffe.

**S. 321:** Bei der Amtshaftung kommt es heute nicht mehr darauf an, daß der Schädigende Beamter war, vielmehr heißt es jetzt im Bonner Grundgesetz, Art. 34, ganz allgemein: [6])

1) 2. Dez. 1949, DVerw. 3 (1950) S. 220 ff.

2) Ges. v. 1946 § 35 Abs. 2; VO. Nr. 165 § 48 Abs. 2.

3) Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Vgl. ferner GERHARD SCHERER, Die Durchsetzung von Verwaltungsgerichtsurteilen gegenüber einer widerstrebenden Behörde, Heidelb. Diss. 1949; IPSEN, MDR. 3 (1949) S. 507 f.; HANS J. WOLFF, DÖVerw. 3 (1950) S. 264 f.

4) G. v. 1946 § 51; VO. Nr. 165 § 51.

5) Vgl. OVG. Lüneburg 15. Febr. 1950, mit Anm. v. BACHOF, DÖVerw. 3 (1950) S. 250 f. Vgl. auch, über die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überhaupt, FR. KLEIN, DVerwBl. 1950 S. 200 ff., 229 ff.; VG. Baden-Baden 16. Febr. 1950, DÖVerw. 3 (1950) S. 410 ff.

6) Der Satz gilt aber nur für Schädigungen durch Angehörige eines deutschen Staates oder einer sonstigen deutschen Körperschaft; wegen der Schädigungen durch Besatzungsangehörige vgl. L. BECK, DÖVerw. 3. (1950) S. 394 ff.

„Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht."

Auch wäre es übertrieben, die Bestimmungen über Amtshaftung auch heute noch als ultima ratio des Rechtsstaates zu bezeichnen, da die verwaltungsgerichtliche Generalklausel die Bedeutung der Amtshaftung stark zurückgedrängt hat. Immerhin gibt es Fälle genug, in denen dem Geschädigten nur mit der Geltendmachung der Amtshaftung gedient ist, z. B. bei Schädigungen durch einstürzende Ruinen, für welche die Polizei verantwortlich ist. [1])

**S. 324:** Daß die Amtshaftung nach wie vor nur bei schuldhaftem Handeln oder Unterlassen eines Amtsträgers gegeben ist, also nur eine Ergänzung des § 839 BGB. darstellt, ist bereits durch höchstrichterliche Entscheidung klargestellt worden. [2])

**S. 324 f.:** Mit Recht wird darauf hingewiesen daß die Auffassung, die aus der Amtshaftung fließende Entschädigung könne nur eine Geldentschädigung sein, zu eng ist. [3]) Zwar kann die gerichtliche Geltendmachung der Amtshaftung nie die Verurteilung des Staates zur Vornahme einer obrigkeitlichen Handlung als Ziel haben. Besteht aber der Schaden z. B. in der Wegnahme eines Kraftfahrzeuges, so ist nicht einzusehen, warum der Fiskus nicht zur Beschaffung eines Kraftfahrzeuges sollte verurteilt werden können.

**S. 330 f.:** Die Rechtmäßigkeit eines gerichtlichen Verfahrens, das zum Schaden eines andern ein Denunziant in den Zeiten des Nationalsozialismus in Bewegung gesetzt hat, befreit diesen nicht von seiner Verantwortung [4]), ein leider heute öfter vorkommendes Beispiel dafür, wie ein Privater die öffentliche Gewalt als Werkzeug unerlaubter Handlungen mißbrauchen konnte.

## § 15. Verwaltungszwang und andere Mittel zur Verwirklichung des staatlichen Willens.

**S. 336 ff.:** Trotz Trennung der Gewalten hat man doch eingesehen, daß die Verhängung von Erzwingungsstrafen durch die Verwaltungsbehörden keinen Einbruch in die strafrichterliche Gewalt bedeutet, da eben die Erzwingungsstrafe etwas anderes ist als die Ahndungsstrafe.

**S. 338 f.:** Gesetzwidrige Anwendung des Verwaltungszwanges zum Zwecke der Heraussetzung eines Menschen aus seiner Wohnung ist deshalb noch nicht verbotene Eigenmacht, da, abgesehen von den Fällen der Rechtsunwirksamkeit des behördlichen Vorgehens, auch der gesetzwidrige Vollstreckungsakt bis zu seiner verwaltungsgerichtlichen

---

1) OLG. Hamburg 1. Juli 1949, HöchstREntschZiv. 2 S. 256 ff.; DIESTER, NJW. 2 (1949) S. 538.
2) OGHBritZ. 2. Dez. 1949, NJW. 3 (1950) S. 261 ff.
3) BETTERMANN, DVerw. 2 (1949) S. 348 f.
4) OLG. Bamberg 27. Juli 1949, DRZ. 5 (1950) S. 302 ff., mit Anm. v. WELZEL.

oder sonstigen Aufhebung Bestand hat und daher keine von den ordentlichen Gerichten feststellbare Eigenmacht sein kann.[1])

**S. 343 f.:** Der Schutz gegen rechtswidrigen Verwaltungszwang ist heute dadurch vereinfacht, daß auch der Verwaltungszwang der Anfechtungsklage ausgesetzt ist. Die Eröffnung eines bloßen Beschwerdeverfahrens innerhalb der Verwaltung genügt nicht den Erfordernissen der Generalklausel.

**S. 345 ff.:** Die Lehre vom Verwaltungsstrafrecht als einer besonderen Art von Strafrecht hat eine wichtige gesetzgeberische Verwirklichung im Gesetz des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, jetzt des Bundes, vom 26. Juli 1949 zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts — Wirtschaftsstrafgesetz — gefunden.[2]) Das Gesetz grenzt im § 6 die Wirtschaftsstraftaten von den bloßen Ordnungswidrigkeiten ab, welch letzte nach § 77 durch Bußgeldbescheid der Verwaltungsbehörde gesühnt werden können. Als gerichtlichen Rechtsschutz hiergegen sieht das Gesetz im § 82 ausschließlich die Anrufung des Amtsgerichts oder des Landgerichts vor, Verwaltungsgerichte sollen unter keinen Umständen zuständig sein (§ 101). Nun der Bann gebrochen ist, steht auch der landesrechtlichen Androhung echter Verwaltungsstrafen nichts mehr im Wege; in diesem Sinne hat am 16. Januar 1950 der Bremer Staatsgerichtshof entschieden.[3])

**S. 347:** Im Unterwerfungsverfahren nimmt der Hessische VGH. bei einer durch Drohung zustandegekommenen Unterwerfung deren Nichtigkeit an.[4])

**S. 349 ff.:** Vom Übergang des Strafverfügungsrechts von den Polizeibehörden auf die Gerichte war schon unter § 1 die Rede. Das Strafbescheidrecht der Finanzbehörden dagegen ist nie angezweifelt worden.[5])

## § 16. Der öffentliche Dienst.

**S. 355 ff.:** Das Berufsbeamtentum war nach 1945 schwer gefährdet, weil insbesondere die amerikanische Besatzungsmacht bestrebt war, das Beamtenrecht und das der öffentlichen Angestellten zu vereinheitlichen.[6]) Den geringsten Widerstand fanden diese Bestrebungen in Hessen, dessen Verfassung im Art. 29 Abs. 1 bestimmt: „Für alle Angestellten, Arbeiter und Beamten ist ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen", und dann im Art. 135: „Die Rechtsverhältnisse aller Arbeitnehmer der öffentlichen Verwaltungen sind im Rahmen des in Artikel 29 vorgesehenen

---

1) Vgl. NAUMANN, Verwaltungszwang als verbotene Eigenmacht, DVerw. 3 (1950) S. 133 ff.

2) Textausgabe mit Erläuterungen von HAERTEL, JOËL und EB. SCHMIDT, 1949; EB. SCHMIDT, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950.

3) Es handelte sich um die Verfassungsmäßigkeit einer Verordnung, die das Schwarze Bauen mit Ordnungsstrafen bedrohte.

4) 19. Jan. 1949, DVerw. 2 (1949) S. 501 ff., mit Anmerkung von ULE.

5) Vgl. TROEGER, Steuerstrafrecht, 2. Aufl., 1950; G. MATTERN, Steuerstrafgerichtsbarkeit, „Steuer und Wirtschaft" 27 (1950) Sp. 351 ff.

6) Vgl. zum Gesetz Nr. 15 der amerikanischen und der britischen Militärregierung, in Kraft am 15. März 1949, über die Verwaltungsangehörigen der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, statt vieler ALFRED WEBER, Beamtendämmerung? Zum Beamtengesetz der Doppelzone. „Die Wandlung" 4 (1949) S. 332 ff.

einheitlichen Arbeitsrechts nach den Erfordernissen der Verwaltung zu gestalten." Daher sind, entgegen allem Herkommen, die hessischen Beamten genötigt, ihre vermögensrechtlichen Ansprüche vor den Arbeitsgerichten einzuklagen, nicht vor den ordentlichen Gerichten. [1])

Ein Wandel trat aber durch das Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes ein, das an versteckter Stelle, im Art. 33 Abs. 5, bestimmt: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln." Dies gilt nicht nur für die Bundesbeamten. Für „die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen" hat sich der Bund im Art. 75 Ziff. 1 überdies das Recht zur Erlassung von Rahmenvorschriften vorbehalten.

**S. 363 ff.:** Ein für alle deutschen Beamten, nicht nur für die Reichsbeamten, einheitliches Recht hat das Deutsche Beamtengesetz vom 26. Januar 1937 nebst Reichsdienststrafordnung vom gleichen Tage geschaffen. Soweit nicht neuere Beamtengesetze erlassen wurden, wie in Bayern am 28. Oktober 1946, in Württemberg-Baden am 19. November 1946, in Hessen am 12. November 1946 mit Neufassung vom 25. Juni 1948, in Württemberg-Hohenzollern am 8. April 1949, in Rheinland-Pfalz am 13. Dezember 1949, gilt das Deutsche Beamtengesetz nach Streichung seiner offenbaren nationalsozialistischen Bestimmungen auch heute noch. Es wird auch vermutlich in Zukunft wenigstens mittelbar weitergelten, da sich auch das vorläufige Beamtengesetz für die Beamten und Richter des Bundes und die zugehörige Dienststrafordnung, beide in der Fassung der Bekanntmachungen vom 30. Juni 1950 (BGBl. S. 279, 307), nur als eine Überarbeitung der Gesetze von 1937 darstellen. Allerdings sind tiefgreifende Änderungen im endgültigen Beamtengesetz wahrscheinlich. So wird es sich der Bund nicht leisten können, seinen Beamten alsbald nach ihrer Ernennung bei eingetretener Dienstunfähigkeit Ruhegeld zu gewähren, vielmehr wird er vermutlich, wie früher, eine zehnjährige Wartezeit verlangen, ja er muß sie verlangen, da er nur so die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" berücksichtigt, wie dies das Grundgesetz im Art. 33 Abs. 5 vorschreibt. Auch andere Bestimmungen des Gesetzes verraten ihre nationalsozialistische Herkunft, so die der § 26 Abs. 1 Ziff. 1, § 32 Abs. 1 über die Nichtigkeit der Ernennung von Ausländern, die es einem Unterrichtsminister unmöglich machen würden, ohne Genehmigung des Bundesministers des Innern einen ausländischen Gelehrten an eine deutsche Universität zu berufen.

Sobald die Beamtengesetzgebung ihren Beharrungszustand erreicht hat, wird es sich wieder lohnen, an die systematische Bearbeitung des Beamtenrechts heranzutreten. Schon jetzt beginnt sich das Schrifttum zu regen. [2])

---

1) OLG. Frankfurt a. M. 9. März 1950, DVerwBl. 1950 S. 339 ff., mit Anm. v. MICHAEL, abweichend von einer früheren Entscheidung, 28. Juli 1949, DÖVerw. 3 (1950) S. 86 f., mit Anm. v. HEYLAND.

2) Zeitschrift für Beamtenrecht und Beamtenpolitik erscheint seit Juli 1950. — C. HEYLAND, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat, 1949; WACKE, DRZ. 3 (1948) S. 408 ff., 465 ff.

**S. 367 ff.:** Die heiß umstrittene Frage, ob die von der Militärregierung verfügten Entlassungen in der Zeit nach der Besetzung Deutschlands „echte" Entlassungen oder bloß vorläufige Dienstenthebungen waren, wird das im Art. 131 des Grundgesetzes vorgesehene Bundesgesetz entscheiden.

**S. 367** Anm. 3 : Die Weitergeltung der Vorschriften über die Beendigung des Beamtenverhältnisses durch rechtskräftige Verurteilung zu einjähriger oder mehr als einjähriger Freiheitsstrafe ist sehr zweifelhaft geworden. [1]) § 53 des vorläufigen Bundesbeamtengesetzes sieht diesen Endigungsgrund noch vor, doch sind hier Bedenken aus Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes — „hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums" — anzumelden. Was insbesondere Verurteilungen durch Besatzungsgerichte anlangt, so geht die richtige und wohl auch überwiegende Ansicht dahin, daß solche Verurteilungen keine beamtenrechtlichen Wirkungen haben. [2])

**S. 373 ff., 377 ff.:** Die größte Wandlung hat das Beamtenrecht durch den ausnahmslos geltenden gerichtlichen Rechtsschutz erfahren, der dem Beamten im Dienststrafrecht und auch sonst zuteil wird. Trotz aller Versuche, von der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel die sog. besonderen Gewaltverhältnisse auszunehmen, steht dem Beamten heute unbestreitbar wegen jeder von ihm behaupteten Rechtskränkung der Weg zum Dienststrafgericht oder zum Verwaltungsgericht offen. Nach Art. 27 Abs. 1 der württ.-bad. Dienststrafordnung vom 16. Februar 1949 z. B. kann der Beschuldigte gegen eine auf Warnung oder Verweis oder Geldbuße lautende Dienststrafverfügung des Dienstvorgesetzten Antrag auf Einleitung des förmlichen Dienststrafverfahrens vor der Dienststrafkammer verlangen. Auch ist es heute nicht mehr möglich, einen Beamten zwangsweise in den Ruhestand zu versetzen, ohne daß er das zuständige Verwaltungsgericht anrufen kann. Der im nationalsozialistischen Staat, aber auch schon früher, beliebte Satz : „Die oberste Dienstbehörde entscheidet endgültig" gilt unter keinen Umständen mehr. Schon mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes ist gegen solche Entscheidungen die Anrufung eines Gerichts, im Zweifel eines Verwaltungsgerichts, gegeben.

## § 17. Grundzüge des Finanzrechts.

**S. 386:** Art. 134 der Weimarer Reichsverfassung bestimmte : „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei." Obgleich ein entsprechender Satz im Bonner Grundgesetz fehlt, gilt er doch vermöge des im Art. 3 Abs. 1 festgelegten allgemeinen Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz, da dieser Grundsatz nach Art. 1 Abs. 3 auch den Gesetzgeber bindet. So hat der Württ.-Bad. Staatsgerichtshof am 4. April 1949 den sog. Kulturpfennig, eine den Zeitungsverlegern auferlegte Sondersteuer, [3]) und am 26. Juli 1950 die sog. Aufräumungsab-

[1]) Vgl. meine Ausführungen im ArchÖffR. 76 (1950) S. 116 ff.

[2]) Vgl. die Nachweise im ArchÖffR. 76 (1950) S. 112 ff.

[3]) Württ.-bad. G. v. 22. Dez. 1948 (RegBl. 1949 S. 17) §§ 2 ff. Vgl. das Urteil des StGH. in DÖVerw. 2 (1949) S. 217 ff.

gabe, eine den Eigentümern heil oder nahezu heil gebliebener Häuser auferlegte Abgabe zur Finanzierung der Trümmerbeseitigung, [1]) auf ihre Vereinbarkeit mit dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz geprüft und die Vereinbarkeit in beiden Fällen bejaht. Mit Recht; denn der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz verbietet nur unsachliche, willkürliche Unterscheidungen. Beim Kulturpfennig und bei der Aufräumungsabgabe war aber die Bestimmung des Kreises der Pflichtigen durchaus vernünftig, „reasonable“, wie man sich in der amerikanischen Rechtsprechung auszudrücken pflegt.

**S. 387:** Wenn die Gebühr die öffentlich-rechtliche Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme der Verwaltung ist, so geht es nicht an, eine Gebühr für die Unterlassung einer Amtshandlung zu erheben. So bestimmte die Stadt Oldenburg in der am 25. Oktober 1948 beschlossenen Satzung über ein soziales Wohnungsbauprogramm, daß für die Nicht-Erfassung erfassungsfähigen Wohnraums eine Gebühr zu entrichten sei. Die Bestimmung fand die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörden, nicht aber die Billigung des Landesverwaltungsgerichts Oldenburg. [2]) Der Fall erinnert an die sog. Loskaufverträge nach dem ersten Weltkrieg, bei denen man das Privatrecht in den Dienst des öffentlichen Rechts gestellt hat. [3])

**S. 391 ff.:** Das Recht der öffentlichen Beiträge nimmt teil an den Schwierigkeiten der Währungsumstellung. Ein bei der Gebäudeversicherungsanstalt zwangsversichertes Gebäude brennt im März 1948 ab. Muß sich der Eigentümer mit einer Entschädigung in Höhe von einem Zehntel des Gebäudewertes begnügen, können andere Eigentümer der Heranziehung zum vollen Deckungsbeitrag widersprechen? Wenn die Entschädigung erst nach Beginn des Wiederaufbaues zu zahlen ist und dieser Beginn in die DM-Zeit fällt, ist es klar, daß sich der geschädigte Eigentümer nicht mit dem gänzlich unzureichenden Zehntel des Gebäudewertes abspeisen zu lassen braucht. Dem entsprechend sind auch die Deckungsbeiträge im Verhältnis von 1 RM = 1 DM zu bemessen. Ein Fall dieser Art wird demnächst ein süddeutsches Verwaltungsgericht beschäftigen.

## § 18. Enteignung und öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung.

**S. 402 ff.:** Zur klassischen Enteignung ist nicht viel nachzutragen. [4]) Doch umfaßt die verwaltungsgerichtliche Generalklausel auch sie. Behauptet der Eigentümer, die Verwaltungsbehörde habe bei Bejahung des Enteignungsfalles die äußersten Grenzen ihres Ermessens überschritten, dann muß das vom Eigentümer angerufene Verwaltungsgericht hierüber entscheiden.

1) Württ.-bad. G. v. 25. Nov. 1948. (RegBl. S. 173).
2) 25. Jan. 1949, DVerw. 2 (1949) S. 273 ff.
3) Vgl. Hauptwerk S. 26 f.
4) Vgl. LECHNER, Zur Fortbildung des allgemeinen Grundenteignungsrechts, DÖVerw. 3 (1950) S. 298 ff.; GIESE, Enteignung und Entschädigung, 1950.

**S. 408**: Enteignungen für Siedlungszwecke nach dem zweiten Weltkrieg sind bekannt unter der Bezeichnung Bodenreform.[1]) Die von den Besatzungsmächten gelenkten Gesetze haben einmal den Zweck der Zerschlagung des Großgrundbesitzes als einer friedengefährdenden Erscheinung. Dieser Gedanke kommt am klarsten im Art. 42 Abs. 1 der hessischen Verfassung zum Ausdruck, wo es heißt: „Nach Maßgabe besonderer Gesetze ist der Großgrundbesitz, der nach geschichtlicher Erfahrung die Gefahr politischen Mißbrauchs oder der Begünstigung militaristischer Bestrebungen in sich birgt, im Rahmen einer Bodenreform einzuziehen." Dann aber sollte den Flüchtlingen die Möglichkeit eröffnet werden, durch Bebauung kleinerer Grundstücke mit Kartoffeln und Gemüse ihren Lebensunterhalt zu verbessern und eine bescheidene Freude an der neuen Heimat zu haben. Für solche Fälle sehen die Gesetze eine Zwangspacht vor.

**S. 408 f.**: Das alte württembergische Baulandgesetz — Gesetz über die Erschließung von Bauland durch Umlegung und Grenzregelung — ist nach einigen Änderungen in neuer Form auch für Nordbaden eingeführt worden.[2])

**S. 409**: Die Enteignung beweglicher Sachen fiel schon immer aus dem Rahmen der klassischen Enteignung. Aber auch die Art, wie nach dem Reichsleistungsgesetz vom 1. September 1939 bewegliche Sachen, insbesondere Kraftfahrzeuge, „enteignet" werden konnten und können, unterscheidet sich von der Grundstücksenteignung. Diese ist ein Verwaltungsakt, der das Eigentum des bisherigen Eigentümers unmittelbar beseitigt, während das Reichsleistungsgesetz im § 15 Abs. 1 den Besitzer z. B. von Fahrzeugen nur verpflichtet, „sie der Bedarfsstelle zur Benutzung oder zur Verfügung zu überlassen". Es handelt sich also, genau genommen, um eine Naturalleistungspflicht, doch würde es niemand verstehen, wenn man jene Anforderungen nicht auch als Enteignung im weiteren Sinne auffassen würde.[3]) Gerade die Erfassung von Kraftfahrzeugen „zur Verfügung", d. h. zu Eigentum, nicht bloß zur Benutzung, bildet den Gegenstand zahlreicher Streitigkeiten, die noch dadurch verwickelter werden, daß hinter der Erfassung vielfach ein Befehl oder eine Ermächtigung der Besatzungsmacht gestanden hat. Heute sucht der Verkehrsminister das den Alteigentümern zugefügte Unrecht dadurch wiedergutzumachen, daß er die seinerzeitige Erfassung als zu weitgehend und daher ungesetzlich aufhebt und damit den Alteigentümer in seine Rechte wieder einsetzt. Zur Entwirrung der schwierigen Rechtsfragen[4]) hat Bayern unter dem 28. Januar 1950 ein besonderes Gesetz über die Bereinigung von Kraftfahrzeugzuweisungen erlassen.[5]) Auch eine wich-

1) Vgl. den Überblik bei EHRENFORTH, Die Bodenreform im Bundesgebiet, DRZ. 4 (1949) S. 483 ff.
2) Bek. v. 24. Sept. 1948 (RegBl. S. 157).
3) Daher sind die Erfassungen oder Inanspruchnahmen nach dem RLeistG. auch in dem Sinne Enteignungen, daß für die Geltendmachung des Entschädigungsanspruches nach Art. 14 Abs. 3 Satz 4 des Grundgesetzes der ordentliche Rechtsweg gegeben ist: HambOVG. 24. Apr. u. 30. Juni 1950, MDR. 4 (1950) S. 504 f., 568 f.
4) Vgl. DIETRICH ARNDT u. H. GUELDE, Der Autobeorderungsprozeß und das Reichsleistungsgesetz (1949); ULRICH MEYER, SJZ. 3 (1948) Sp. 479 ff.; BAUR, DRZ. 4 (1949) S. 219 ff.; SCHMIDT-TOPHOFF, DVerw. 3 (1950) S. 165 ff.
5) Hierzu LÜTKES, DVerw. 3 (1950) S. 169 ff.

tige privatrechtliche Frage spielt hier hinein, ob nämlich der Kraftwagen bei Unzulässigkeit der Erfassung dem Eigentümer „abhanden gekommen" ist und daher nach BGB. § 935 den gutgläubigen Eigentumserwerb eines Dritten hindert [1]), eine Frage, die nur bei nichtigen Erfassungen zu bejahen ist.

**S. 410 f.:** Daß die Obdachlosenfürsorge zu Eingriffen in das Eigentum und den Besitz führt, ist angesichts der großen Wohnungsnot und des Flüchtlingselendes ohne weiteres klar. [2]) Ein großer Teil der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen betrifft derartige Wohnraumerfassungen oder Mietereinweisungen. Ebenso klar ist es, daß der Eigentümer oder Besitzer irgendwie Anspruch auf Entschädigung hat. [3]) Soweit die Besatzungsmacht oder in deren Auftrag eine deutsche Behörde Wohnraum oder gewerblichen Raum erfaßt hat, richtet sich die Entschädigung zum Teil nach besatzungsrechtlichen Vorschriften. [4]) Daß es hierbei verkehrt ist, nach Kriegsschädenrecht zu verfahren, daß vielmehr die Grundsätze des Reichsleistungsgesetzes zur Anwendung zu kommen haben, ist schon mit Recht hervorgehoben worden. [5])

**S. 411 ff.:** Die Erörterungen über die Abgrenzung der entschädigungspflichtigen Enteignung von der nicht entschädigungspflichtigen Eigentumsbegrenzung gehen weiter. [6]) Auch Art. 14 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes gewährleistet das Eigentum. „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt." Nach Abs. 3 ist eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit und nur gegen Entschädigung zulässig. Mit Recht wendet sich das Deutsche Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet in seiner noch nicht veröffentlichten Entscheidung I S. 56/49, vom 21. Juni 1950, gegen die so bequeme, aber unhaltbare Einzelaktstheorie, da sie der sozialen Gerechtigkeit nicht genüge.

## § 19. Die öffentlichen Lasten (Naturalleistungspflichten).

**S. 416:** Alle Naturalleistungspflichten stellt in den Schatten das Reichsleistungsgesetz vom 1. September 1939, das, trotz seiner Herkunft aus dem Reichsgesetz über Leistungen für Wehrzwecke (Wehrleistungsgesetz) vom 13. Juli 1938, auch heute noch gilt, soweit nicht, wie in Hessen und Württemberg-Hohenzollern, neuere Landesgesetze an seine Stelle getreten sind. [7]) Die in diesem Gesetz den „Bedarfsstellen" erteilten Ermächtigungen gehen zum Teil so sehr über alles rechtsstaatliche Maß hinaus, daß der Bayerische Verfassungsgerichtshof die schlimm-

---

1) Vgl. hierüber RAISER, SJZ. 3 (1948) Sp. 762 ff.

2) Vgl. RANDEL, Obdachlosigkeit und Wohnungsgesetz, DÖVerw. 3 (1950) S. 41 ff.

3) NEUFANG, Zur Entschädigungspflicht der Wohnungsämter aus rechtmäßigen wohnungsgesetzlichen Maßnahmen, MDR. 4 (1950) S. 198 ff.

4) Vgl. LOTHAR BECK, DÖVerw.. 3 (1950) S. 203 ff.; derselbe, DVerw. 3 (1950) S. 172 ff.; LADE, JurRdsch. 1950 S. 211 f.; E. LUTHER, NJW. 3 (1950) S. 441 ff.; DERNEDDE, ebenda, S. 457.

5) H. BUTZ, Zur Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen deutscher Behörden für Zwecke der Besatzungsmacht, DRZ. 3 (1948) S. 51 f.

6) OGHBritZ. 1. Juli 1948, mit Anmerkungen von STÖDTER (Verf. der hervorragenden Abhandlung: Öffentlich-rechtliche Entschädigung, 1933), DVerw. 1 (1948) S. 15 ff., und BALLERSTEDT, SJZ. 4 (1949) Sp. 407 ff.; HambOVG. 17. Nov. 1949, MDR. 4 (1950) S. 180 ff.

7) Vgl. den Überblick bei E. PABST, DÖVerw. 2 (1949) S. 426 ff., 448 ff., ferner LUETGEBRUNE, DVerw. 2 (1949) S. 121 ff.

sten Auswüchse des Gesetzes für nicht im Einklang mit der bayerischen Verfassung stehend erklärt hat, zumal Bayern nach ausdrücklicher Bestimmung des Art. 3 seiner Verfassung ein „Rechts-, Kultur- und Sozialstaat“ sei.[1]) Die maßloseste, vom Verfassungsgerichtshof mißbilligte Bestimmung enthält § 3a des Gesetzes: „Die Bedarfsstelle kann vom Leistungspflichtigen verlangen, daß er den Gebrauch von Sachen, die er im Besitz oder Gewahrsam hat, gestattet, ihm zustehende Rechte an beweglichen Sachen überträgt, sowie sonstige Rechte zur Ausübung überläßt oder die Ausübung von Rechten unterläßt.“ Auch wo es an einer Ungültigkeitserklärung, wie in Bayern, fehlt, sorgen rechtsstaatlicher Sinn, öffentliche Meinung und strenge Handhabung der Zuständigkeitsbestimmungen dafür, daß von den Ermächtigungen des Gesetzes nur noch sparsamster Gebrauch gemacht wird.

Die Nothilfepflicht ist jetzt im § 330 c StGB. festgelegt. Trotz entgegenstehenden Wortlauts einer nationalsozialistischen Wendung bedarf es auch heute zur Begründung der Nothilfepflicht einer Aufforderung von seiten der Polizei.[2])

**S. 418:** Die Organisation der freiwilligen Feuerwehr hat eine reichseinheitliche Regelung in der dritten Durchführungsverordnung vom 24. Oktober 1939 zum Reichsgesetz über das Feuerlöschwesen vom 23. November 1938 gefunden. Diese Bestimmungen gelten aber nach Art. 124, 125 des Bonner Grundgesetzes nicht als Bundesrecht, sondern als Landesrecht weiter, da dem Bunde weder die ausschließliche noch die konkurrierende Gesetzgebung über das Feuerlöschwesen zusteht.[3])

**S. 420 f.:** Es ist klar, daß im Zeitalter der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel der Drucker die Frage, ob er ein Freiexemplar abliefern muß, ohne weiteres vor das Verwaltungsgericht bringen kann und also des Umweges über die Anfechtung einer polizeilichen Verfügung nicht mehr bedarf.

## § 20. Die Polizei.

**S. 423 ff.:** Anordnungen der Besatzungsmächte haben Unruhe in das Gefüge des deutschen Polizeirechts gebracht, aber mehr auf dem Gebiete der Organisation als auf dem der Grenzziehung zwischen Staat und einzelnem. „Polizei“ sollen nur noch die vornehmlich für die Verbrechenbekämpfung und -verhütung eingesetzten Beamten sein, während die übrigen Aufgaben der bisherigen Polizei den „Ämtern für Ordnung“ oder dergl. anvertraut sind.[4]) Für die Frage, wieweit die Behörde im

---

1) 27. Nov. 1948 (GVBl. 1949 S. 39 ff.).

2) OLG. Hamm 19. Febr. 1949, MDR. 3 (1949) S. 767.

3) Vgl. unten, § 21.

4) Vgl. PIOCH, Organisation und Zuständigkeit der Polizei in den verschiedenen Besatzungszonen Deutschlands, DVerw. 2 (1949) S. 225 ff., 257 ff.; derselbe: DVerw. 3 (1950) S. 85 ff.; HANS J. WOLFF, Aufgaben und Organisation der Polizei- und Ordnungsverwaltung in systematischer und rechtspolitischer Hinsicht, in: „Polizeirecht im neuen Deutschland.“ Bericht über die 2. Arbeitstagung für Polizeichefs vom 26.—28. 4. 1949 im Polizei--Institut Hiltrup (Westf.); derselbe, MDR. 4 (1950) S. 5 ff.; derselbe, ArchÖffR. 75 (1949) S. 470 ff.; HANS SCHNEIDER, Die Umgestaltung des Polizeirechts in der britischen Zone, Festschr. f. J. v. Gierke, 1950, S. 234 ff.; derselbe, Polizeipraxis 3 (1949) S. 321 ff.; WORMIT, DVerw. 2 (1949) S. 342 ff.; GUT, DÖVerw. 2 (1949) S. 463 ff.; RASCH, DÖVerw. 3 (1950) S. 11 f.; W. v. HELLINGRATH, ebenda, S. 76 f.

Interesse der öffentlichen Ordnung gehen darf, ist es aber gleichgültig, ob eine frühere Polizeibehörde öffentliche Damenboxkämpfe [1]) oder ob ein heutiges Amt für Ordnung öffentliche Damenringkämpfe [2]) untersagt. Die aus der Polizei ausgeschiedenen Behörden haben ihre alten polizeilichen Befugnisse behalten. [3])

**S. 427 f.:** Man hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten verschiedene Male gesetzgeberisch bemüht, eine brauchbare Ermächtigung für das polizeiliche Einschreiten zu finden. Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 bestimmt im § 14 Abs. 1: „Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.“ Fast wörtlich ebenso lautet das hamburgische Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 7. November 1947 § 1 Abs. 1. Eine Danziger Rechtsverordnung vom 11. Januar 1937 [4]) bestimmt im § 2: „Die Polizeibehörden haben die notwendigen Maßnahmen zur Durchführung ihrer Aufgaben nach pflichtmäßigem Ermessen zu treffen unter Würdigung der Bedeutung des zu schützenden Wertes und der innerhalb der Volksgemeinschaft berechtigten Belange der durch die Maßnahmen Betroffenen.“ Neuestens hat der schleswig-holsteinische Gesetzgeber in seinem Polizeigesetz vom 23. März 1949 [5]) die Ermächtigung so gefaßt: „Die Polizei hat von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. Sie hat hierzu im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen.“

Alle diese gesetzgeberischen Bemühungen in Ehren, aber man kann ohne Lokalpatriotismus behaupten, daß die schlichte, im § 30 Abs. 1 des badischen Polizeistrafgesetzbuchs enthaltene Ermächtigung der Polizeibehörden, „rechts- und ordnungswidrige Zustände innerhalb ihrer Zuständigkeit zu beseitigen und deren Entstehung und Fortsetzung zu hindern“, den Bedürfnissen des Rechts und der Verwaltung vollauf Genüge tut.

**S. 429:** Auf den Widerspruch von Polizeiverordnungen (im alten Sinne) mit einer höheren Norm macht EBERHARD SCHMIDT aufmerksam. [6]) Eine Reihe von Meldeordnungen bestimmt, daß Personen die mit Schuß-, Stich- oder Hiebverletzungen in ein Krankenhaus eingeliefert werden, von diesem der Polizei zu melden sind. Diese Vorschrift verstößt aber gegen die gesetzlich festgelegte ärztliche Schweigepflicht und ist daher ungültig.

---

1) PrOVG. 9. Nov. 1933, Bd. 91 S. 139 ff.

2) WüBaVGH. (Karlsr. Sen.) 15. Sept. 1949, DÖVerw. 2 (1949) S. 476 f.

3) HessVGH. 24. Febr. 1950, DÖVerw. 3 (1950) S. 376 f.

4) Von NEBINGER als vorbildlich bezeichnet, DÖVerw. 2 (1949) S. 164.

5) Hierzu WORMIT, DVerw. 2 (1949) S. 229 ff. Vgl. SchlHolstMindI. 8. März 1949, SchlHolstABl. S. 130 ff., auch abgedruckt in der erläuternden Handausgabe des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von H. TRUBEL, 1950, S. 145 ff.

6) DRZ. 5 (1950) S. 172 ff.

**S. 439:** Engherzig und geradezu polizeifeindlich mutet eine Entscheidung des Bezirksverwaltungsgerichts Berlin-Charlottenburg — Brit. Sektor — von 18. Juli 1949 an [1]), wonach die Polizeibehörde wegen Mangels einer konkreten Gefahr nicht verlangen könne, daß ihr in einem Filmtheater zwei Dienstplätze einzuräumen seien. Solche konkrete Gefahren gibt es aber bei jeder größeren Ansammlung von Menschen.

**S. 442 f.:** Die außergewöhnlichen Verhältnisse der Nachkriegszeit berühren auch die Person des Polizeipflichtigen. Für Katastrophenschäden haftet nicht der Eigentümer, sondern die Gemeinde. Dies wurde beim absturzdrohenden Felsblock schon früher erkannt, [2]) und gilt heute für die Trümmerbeseitigung: Auch haftet für den polizeigemäßen Zustand eines vom Wohnungsamt erfaßten Raumes nicht der Hauseigentümer, sondern das Wohnungsamt. [3])

**S. 447 f.:** Ein schönes Beispiel für détournement de pouvoir, Vorwand, bot im Sommer 1949 jene bayerische Alpengemeinde, die aus Gründen des Naturschutzes das Zelten verbot, in Wirklichkeit aber die Ausflügler nötigen wollte, in einer Gastwirtschaft zu übernachten, also nur den Vorteil der Gastwirte im Auge hatte.

Ganz allgemein kann man die Beobachtung machen, daß heute viel weniger Polizeifälle vor die Verwaltungsgerichte kommen als früher. Verbot von Damenringkämpfen, Verbot gewerbsmäßiger Astrologie — das sind Fälle, die im Abstand von etwa einem Jahr den Württ.-Bad. VGH, Karlsruher Senat, beschäftigt haben. Es gibt eben heute wichtigere Dinge als die genaue Umgrenzung der Polizeigewalt. Wohnraumerfassung, Siedelung, Berufsausübung, beamtenrechtliche Fragen stehen durchaus im Vordergrund.

## § 21. Fortsetzung. Einzelne Zweige der Polizei.

**S. 453 ff.:** Für das ganze Bundesgebiet maßgebend und durch eine Anordnung über Rattenbekämpfung zu einer gewissen Berühmtheit gelangt [4]) ist die Verordnung des Reichs zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 1. Dezember 1938.

**S. 456 f.:** Das Reichsgesetz über das Feuerlöschwesen vom 23. November 1938 ist in den letzten Jahren durch Landesgesetze in Bayern, Württemberg-Hohenzollern, Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Brandenburg und Thüringen abgelöst worden. [5])

**S. 457 f.:** Der Verordnung des Reiches vom 13. November 1937 (RGBl. I S. 1179) über das Verhalten im Straßenverkehr — Straßenverkehrs-Ordnung — kommt von Jahr zu Jahr größere Bedeutung zu. [6]) Den naheliegenden Gedanken, alle Kraftfahrzeughalter und alle künftigen

1) DÖVerw. 3 (1950) S. 406.
2) Hauptwerk, S. 444 Anm. 7.
3) LVerwG. Hildesheim 13. Jan. 1949, VerwRspr. 1 (1949) S. 445 f.
4) LVG. Münster 17. Febr. 1949, MDR. 4 (1950) S. 59 ff.
5) Vgl. WORMIT, Das Feuerschutzrecht seit 1945, DÖVerw. 2 (1949) S. 305 ff.
6) Vgl. FRITZ MÜLLER, Straßenverkehrsrecht, 16. Aufl., 1949; SCHIFFERER, Die Straßenverkehrsordnung, 7. Aufl. (1950); SCHUMANN-BEUSS-BOSSELMANN, Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (1949).

Opfer von Verkehrsunfällen zu einer Zwangsgemeinschaft nach Art der Berufsgenossenschaften zusammenzufassen, hat das Reich nicht verwirklicht, wohl aber unterm 7. November 1939 durch Gesetz eine Pflicht-Haftpflicht-Versicherung für Kraftfahrzeughalter eingeführt.

**S. 460:** Die Zerstörung unserer Städte im zweiten Weltkrieg hat eine Anzahl von Ländern veranlaßt, Aufbaugesetze zu erlassen, die namentlich auch Bestimmungen über die Umlegung und die Zusammenlegung von Grundstücken enthalten. [1])

Ein neues Wohnungsgesetz hat das Land Nordrhein-Westfalen unter dem 23. Januar 1950 erlassen. [2]) Es handelt im wesentlichen von der Wohnungszwangsbewirtschaftung und ergänzt das Wohnungsgesetz des Kontrollrats vom 8. März 1946.

**S. 465 f.:** Das Recht des approbierten Arztes hat seine Regelung in der auch heute noch gültigen Reichsärzteordnung vom 31. Dezember 1935 gefunden. [3]) Der Beruf des nicht approbierten Arztes, des sog. Heilpraktikers, ist durch das Reichsgesetz vom 17. Februar 1939 über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) zum Aussterben verurteilt worden, doch verträgt sich dieses Gesetz nicht mehr mit der im Artikel 12 des Bonner Grundgesetzes festgelegten Berufsfreiheit. [4])

**S. 467 f.:** Über die engen Schranken, innerhalb deren nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes, Art. 104, die Freiheitsentziehung gegenüber einem Trunksüchtigen zulässig ist, unterrichtet ein lehrreicher Beschluß des Landgerichts Hamburg. [5])

**S. 470:** Das Reichsgesetz vom 14. Juli 1933 über die Zulassung öffentlicher Spielbanken gilt noch. Der zuständige Minister „kann" unter gewissen Voraussetzungen öffentliche Spielbanken zulassen, einen Rechtsanspruch darauf hat keine Gemeinde.

**S. 471 f.:** Noch ist das nationalsozialistische Theatergesetz des Reiches vom 15. Mai 1934 durch kein neuzeitlicheres ersetzt worden. [6]) Schon heute gilt aber sicher nicht mehr die Vorschrift des § 5 Abs. 1, wonach der zuständige Minister die Aufführung eines bestimmten Stückes verlangen kann.

**S. 473 ff.:** Der Naturschutz beruht z. Zt. noch auf reichsrechtlicher Regelung durch Gesetz vom 26. Juni 1935.

**S. 479 ff.:** Nach Jahren schwer erträglicher Aufenthaltsbeschränkungen gibt Artikel 11 Abs. 1 des Bonner Grundgesetzes — „Alle Deutschen

---

1) PATHE, Die westdeutschen Aufbaugesetze, DVerw. 3 (1950) S. 33 ff.; MAURY, Gesetz über den Aufbau der Städte und Dörfer des Landes Hessen (1949); GÖDERITZ-BLUNCK, Das Aufbaugesetz von Niedersachsen, 1950. Vgl. ferner zum Ersten Wohnungsbaugesetz des Bundes FISCHER-DIESKAU und LANGENSIEPEN, DVerw.Bl. 1950, S. 486 f., 487 ff.

2) Vgl. HAARMANN, DVerwBl. 1950, S. 355 ff.

3) Vgl. WOLLENWEBER, Der Arzt des öffentlichen Gesundheitsdienstes, 1950.

4) HambOVG. 11. Mai 1950, MDR. 4 (1950) S. 570 f.

5) 3. Okt. 1949, mit Anm. von SCHACK, MDR. 4 (1950) S. 105 ff.

6) Vgl. HambOVG. 23. Juni 1949, VerwRspr. 1 (1949) S. 467 ff.

genießen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet" — immer mehr den tatsächlichen Rechtszustand richtig wieder. Eine besondere Gruppe von Personen sind die Flüchtlinge; ihrer haben sich die Besatzungsmächte und die Länder angenommen, so das „von dem Kabinett des Landes Württemberg-Baden auf Grund der Autorität und der Anordnung der Militärregierung gemäß deren Schreiben vom 24. Januar 1947" erlassene Gesetz vom 14. Februar 1947 über die Aufnahme und Eingliederung deutscher Flüchtlinge (Flüchtlingsgesetz).[1]) Die Überwachung der Einreise in die amerikanische Zone, die Ausweisung unerwünschter Deutscher und die Ausweisung unerwünschter Nichtdeutscher regeln die am 16. August 1948 in Kraft getretenen Verordnungen Nr. 28—30 der amerikanischen Militärregierung.

**S. 482 ff.:** Ein bundeseinheitliches Presserecht gibt es nicht mehr. Nach Art. 75 Ziff. 2 des Bonner Grundgesetzes kann der Bund über „die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse" nur noch Rahmenvorschriften erlassen, also hat das Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874 nur noch die Bedeutung von Landesrecht. So haben denn auch die Länder Bayern, Württemberg-Baden, Hessen, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Hamburg, Schleswig-Holstein besondere Pressegesetze erlassen.[2]) Für die viel erörterte Bekämpfung von Schund und Schmutz fehlt es an neueren gesetzlichen Bestimmungen.[3])

**S. 490 ff.:** Die Gewerbefreiheit hat seit 1945 starke Wandlungen durchgemacht. Zunächst, in den Zeiten der Rohstoffknappheit, bedurfte fast jeder Gewerbetrieb der „Lizenzierung"[4]). Nach der Währungsreform schlug diese Bindung des Unternehmers in eine fast schrankenlose Gewerbefreiheit um, weniger nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers, als nach den Weisungen vornehmlich der amerikanischen Besatzungsmacht.[5]) Eine neue freiheitliche Welle geht vom Bonner Grundgesetz aus, das im Art. 12 Abs. 1 bestimmt: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz geregelt werden." Wie verhalten sich aber diese beiden Sätze zueinander? Hierüber wird noch manche gerichtliche Entscheidung ergehen müssen. Nach einem Urteil des Landesverwaltungsgerichts Hamburg sind Beschränkungen für die Zulassung als Prozeßagent kein Verstoß gegen das Grundgesetz[6]), ebensowenig nach einem Beschlusse des OLG, Tübingen die Bedürfnisprüfung bei der Zulassung zur Anwaltschaft.[7])

---

1) Vgl. auch ZENKE, Die Flüchtlingsgesetzgebung in Nordrhein-Westfalen, 1949.

2) Übersichtlich abgedruckt im Sammelblatt für Gesetze, Verordnungen und Bekanntmachungen des Bundes, der Länder und der Besatzungsmächte, Sonderheft vom 18. Jan. 1950. Vgl. auch HENLE, Die Pressegesetze der US-Zone, DVerw. 2 (1949) S. 541 ff.

3) Vgl. KLÜBER, Bekämpfung von Schund und Schmutz, DVerw. 3 (1950) S. 65 ff.

4) Vgl. z. B. SIGL, Probleme des Lizenzierungsgesetzes, SJZ. 2 (1947) Sp. 537 ff.

5) Vgl. W. REUSS, Die Gewerbefreiheit. Eine kritische Studie über deutsche und amerikanische Auffassung, 1949; W. ERNST, Gewerbefreiheit und Gelegenheitsverkehr in der amerikanischen Zone, DÖVerw. 3 (1950) S. 490 ff.; BAUER — v. MEIBOM, Gewerbezulassung in der britisch besetzten Zone, 1949; WOLF VON DER HEIDE, Gewerbefreiheit und Gewerbezulassung im Vereinigten Wirtschaftsgebiet, DVerw. 2 (1949) S. 253 ff.; derselbe, „Betriebs-Berater" 5 (1950) S. 485 ff.

6) 13. Febr. 1950, MDR. 4 (1950) S. 378 ff.

7) 21. Dez. 1949, DVerw. 1950 S. 212 ff., mit Anm. v. KLEINRAHM. — Über die ganze Frage im Zusammenhang SCHIERHOLT, DVerw. 3 (1950) S. 69 ff.; SIEG, ebenda S. 197 ff.

Daran muß man festhalten, daß nur das redliche Gewerbe Schutz verdient und daher gewerbsmäßige Wahrsagerei aus den Gestirnen nach wie vor verboten oder verbietbar ist.[1])

## § 22. Die öffentlichen Sachen und Anstalten. — Grundzüge des Schulrechts

**S. 506:** Das Reich hat sich in den Jahren des Nationalsozialismus des Wegerechts durch das Reichsgesetz vom 26. März 1934 über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung angenommen. Ebenso gilt mit gewissen Maßgaben heute noch das Reichsautobahngesetz vom 29. Mai 1941. Seit langer Zeit bestehende Streitfragen suchte das Reichsgesetz vom 4. Juli 1939 über Kreuzungen von Eisenbahnen und Straßen zu lösen.[2]) Dagegen ist das Wasserrecht stärker als das Wegerecht Landesrecht geblieben.[3]) Ein Reichsgesetz vom 10. Februar 1937 mit wichtiger Durchführungsverordnung vom 3. September 1937 regelt nur das Recht der Wasser- und Bodenverbände.[4])

**S. 507:** Neue Probleme der Straßenbaulast sind durch die Verhältnisse der kriegszerstörten Städte entstanden. Der Ruf nach Staatszuschüssen ist begreiflich.[5])

**S. 510 f.:** Die Kriegszerstörungen bringen es mit sich, daß sich auch das gewerbliche Leben mehr als bisher auf der Straße abspielt. Hierdurch erfährt der an der Straße bestehende Gemeingebauch gewisse Erweiterungen.[6]) Einen Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch erwirbt der einzelne nur durch besondere Gebrauchserlaubnis.[7])

**S. 513:** Die — richtige — Ansicht, daß die Post mit ihren Kunden in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis steht, hat sich noch nicht restlos durchsetzen können.[8]) Doch hat das OLG. Hamburg mit Recht entschieden, daß die mit einem Fernsprechanschluß zusammenhängenden Rechtsverhältnisse vor die Verwaltungsgerichte gehören.[9])

**S. 514:** Das Rundfunkwesen ist seit 1945 unter dem Einfluß der Besatzungsmächte neu geordnet worden, die verlangen, daß der Rundfunk eines der Mittel zur Bildung einer freien, von der Regierung nicht

---

1) Vgl. den Astrologiefall im Urteil des WüBaVGH., Karlsr. Senat, 24. Febr. 1950, Az. 130/49.

2) Vgl. hierzu auch die Abhandlung von W. GREWE über die Wiederherstellung kriegszerstörter Kreuzungsbauwerke, ArchÖffR. 74 (1948) S. 393 ff.; E. MARSCHALL, Die Pflicht zur Beseitigung von Trümmern kriegszerstörter Bauten, DÖVerw. 3 (1950) S. 449 ff.

3) Vgl. WÜSTHOFF, Der gegenwärtige Stand des deutschen Wasserrechts, JurRundsch. 1950 S. 294 ff.; derselbe, Handbuch des deutschen Wasserrechts, 2 Bände, 1949.

4) Vgl. BOCHALLI und LINCKELMANN, Wasser- und Bodenverbandsrecht, 2. Aufl. 1949.

5) Vgl. FRANZ SCHMIDT, in der Festschrift zur Feier des 25jährigen Bestehens der Westfälischen Verwaltungsakademie in Münster, 1950, S. 137 ff. — Über die Pflicht zum Streuen auf Straßen vgl. GUELDE, DÖVerw. 3 (1950) S. 240 ff.

6) Vgl. HAMMES, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, DVerw. 3 (1950) S. 71 ff., 102 ff.

7) Vgl. HambOVG. 26. Apr. 1948, DVerw. 1 (1948) S. 69 f.

8) Vgl. LVG. Braunschweig 10. Nov. 1948, das die privatrechtliche Auffassung vertritt, entgegen F. SCHUSTER, der das Urteil kritisch bespricht: DVerw. 2 (1949) S. 436 ff.

9) 19. Juli 1949, HöchstREZiv. 2 S. 354 ff.

beeinflußten öffentlichen Meinung sein soll. Die Post gibt hierbei den neu errichteten Rundfunkanstalten nur noch Hilfsstellung durch Einziehung der Rundfunkgebühren. [1])

S. 515 : Daß niemand ein Recht auf Weiterführung eines Schulbetriebes hat, wenn die Schülerzahl unter eine festgesetzte Mindestzahl sinkt, hat das Verwaltungsgericht Wiesabden mit Recht entschieden. [2])

S. 517 : Neue Probleme des Schulrechts bringt Art. 7 des Bonner Grundgesetzes mit sich. [3]) Ein neues Gesetz über das Schulwesen hat die Freie Hansestadt Bremen am 4. April 1949 erlassen. [4])

S. 520 : Die Frage der körperlichen Züchtigung als Mittel der Schulzucht will nicht zur Ruhe kommen, insbesondere, seit man vom „Kinderparadies" in Schweden und in den Vereinigten Staaten von Amerika gehört hat. [5])

S. 521 : Im Universitätsrecht begegnet die Frage, ob das Reichsgesetz vom 7. Juni 1939 über die Führung akademischer Grade auch heute noch anzuwenden ist, soweit es die Entziehung eines akademischen Grades zuläßt, wenn sich der Inhaber durch sein späteres Verhalten der Führung des Grades unwürdig erwiesen hat. Die Frage ist zu bejahen [6]), doch hat das Gesetz eine tiefgreifende Wandlung dadurch erfahren, daß dem Träger des Grades gegen die Entziehung der Weg vor die Verwaltungsgerichte offen steht. Die Frage, ob das letzte der Fall ist, erhebt sich auch für den mit Entfernung von der Universität oder sonstwie bestraften Studenten. Hier kommt es darauf an, ob das akademische Disziplinargericht in seiner Unabhängigkeit und juristischen Sachkunde so sehr den allgemeinen Verwaltungsgerichten nachgebildet ist, daß man es als Sonderverwaltungsgericht gelten lassen kann.

Der ewige, während des Nationalsozialismus vorübergehend verkümmerte Kampf der Universitäten um die Freiheit der Wissenschaft geht weiter. [7])

S. 523 : Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 hat die Stürme der Jahrzehnte seit seiner Erlassung überdauert. [8]

---

1) Vgl L. KÄMMERER, Post und Rundfunk, DÖVerw. 3 (1950) S. 432 f. Dort auch ein Überblick über die neuen Rundfunkgesetze.

2) 21. Dez. 1948, DÖVerw. 2 (1949) S. 437 f.

3) Vgl. H. HECKEL, Grundgesetz und Schule, DÖVerw. 3 (1950) S. 1 ff.; GREWE, Die Rechtsstellung der Privatschulen nach dem Grundgesetz, ebenda S. 33 ff.; v. MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, 1950 S. 73 ff.

4) Für die Länder des früheren preußischen Gebiets vgl. MEYERHOFF, Leitfaden zum Schulrecht, 1950.

5) Vgl. den Erlaß des württ.-bad. Kultministers im württ.-bad. Staatsanzeiger vom 18. März 1950. Über die strafrechtliche Seite der Frage WÜRTENBERGER, DRZ. 3 (1948) S. 291 ff.

6) Vgl. R. VOLLMAR, Die Entziehung der Doktorwürde, Heidelb. Diss. 1950.

7) Vgl. W. JELLINEK, Die Freiheit der Lehre bei der Würdigung großer Persönlichkeiten, Forum academicum Heidelberg-Mannheim 1 (1950) Nr. 5.

8) MUTHESIUS, Reichsjugendwohlfahrtsgesetz, 1950. — Jugendwohlfahrtsrecht, her. v. Landesjugendamt der Rheinprovinz, 7. Aufl. 1948.

## § 23. Verwaltung durch beliehene öffentliche Unternehmer und Selbstverwaltung.

**S. 527 f.:** Es liegt kein tieferer, rechtstheoretischer Grund vor, die Eisenbahnen im Rechtssystem anders einzuordnen als die Post. Gehört der Postbetrieb dem öffentlichen Rechte an, dann gilt dies auch für den Eisenbahnbetrieb. Allerdings ist es für diesen schwieriger, sich der privatrechtlichen Auffassung zu entledigen, weil das Handelsgesetzbuch, also ein privatrechtliches Gesetz, in den §§ 453 ff. Teile des Eisenbahnrechts geregelt hat, aber nur aus geschichtlichen Gründen, nicht vermöge der inneren Logik der Dinge.[1])

**S. 530 ff.:** Die Unterscheidung der Gemeindeaufgaben in Selbstverwaltungs- und in Auftragsangelegenheiten bereitet im Einzelfall Schwierigkeiten, ist aber nach wie vor unerläßlich.[2]) So hat das Landesverwaltungsgericht Aurich mit Recht entschieden, daß der Kreis A in einer Auftragsangelegenheit keine verwaltungsgerichtliche Klage gegen den Regierungspräsidenten erheben könne.[3]) Die Unterscheidung aufgeben kann man umso weniger, als sie auch das Bonner Grundgesetz im Verhältnis von Bund und Ländern gemacht hat. Neben der bundeseigenen Verwaltung (Art. 86) und der völlig freien landeseigenen Verwaltung (Art. 30) gibt es die Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder (= Selbstverwaltungsangelegenheiten) nach Art. 84 und die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder im Auftrag des Bundes (= Auftragsangelegenheiten) nach Art. 85. Im ersten Falle übt die Bundesregierung die Aufsicht darüber aus, daß die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Rechte gemäß ausführen (Art. 84 Abs. 3), im zweiten Fall erstreckt sich die Bundesaufsicht auf Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Ausführung (Art. 85 Abs. 4), also die gleiche Unterscheidung, die man bei der Gemeindeaufsicht zu machen pflegt.

**S. 535:** Der in der Tagespresse viel besprochene Fall eines Landrats, der vom Kreistag frei und ohne Bestätigungszwang gewählt worden war, aber bald darauf von der zuständigen Staatsbehörde wegen angeblicher Geistesschwäche zwangsweise in den Ruhestand versetzt wurde, legte die Frage nahe, ob es sich mit der Selbstverwaltung eines Landkreises vertrage, daß dessen leitender Beamter derartigen staatlichen Einwirkungen, auch auf dem Gebiete des Dienststrafrechtes, ausgesetzt ist. Man wird aber dem Staat solche Eingriffe zugestehen müssen, da sich Kreistag oder Kreisrat kaum entschließen werden, von sich aus gegen den Landrat vorzugehen. Überdies besteht für den Landrat ein vollkommener Rechtsschutz dadurch, daß er gegen die Maßnahmen der Staatsbehörde das Verwaltungsgericht anrufen kann.

---

1) RICHARD MAYER, Struktur und Wandlungen des Eisenbahnrechts, DÖVerw. 3 (1950) S. 420 ff. Vgl. auch LEOPOLD WERNER, Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Eisenbahnhoheit, ÖstZÖR. N. F. 1 (1948) S. 484 ff.

2) Vgl. LOY, Gemeindliche Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten, 1949 (dazu H. PETERS, DVerwBl. 1950 S. 512); derselbe, DVerw. 2 (1949) S. 29 ff.; FACHINGER, ebenda, S. 372 ff.

3) 17. Dez. 1948, DVerw. 2 (1949) S. 164.